

**EL CONTRATO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A.
E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA**

CLARA PATRICIA BOTERO RESTREPO

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2006**

**EL CONTRATO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A.
E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA**

CLARA PATRICIA BOTERO RESTREPO

Tesis para optar al título de Abogada

**Director
Carlos Julio Arango Benjumea
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2006**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 24 de noviembre de 2006

AGRADECIMIENTOS

Manifiesto mi agradecimiento a:

El Doctor Carlos Julio Arango Benjumea, abogado y director de la tesis, por ser una gran persona y “simultáneamente” un excelente profesional y maestro, porque siendo así, he aprendido, como persona y como profesional, cosas muy valiosas de él. Gracias por su confianza y por haberme brindado su asesoría en este trabajo de grado.

El Doctor David Suarez Tamayo, abogado y profesor, por su cortesía y especial interés en el tema contemplado en este trabajo, y además, por haberme orientado en el tema de la descentralización por servicios y de la jurisdicción competente, exponiéndome su conocimiento en el tema, y brindándome bibliografía al respecto. Es bien notable que se trata de una persona bastante inteligente, además de querida, al igual que Carlos Julio, y esas son cosas inolvidables que enriquecen.

La Doctora Sonia Abuchar Alemán, abogada y directora del área regulatoria y jurídica de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, por confiar en mí y por su amable disposición e interés en colaborar con este proyecto.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	12
1. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	15
1.1 LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO Estricto.....	15
1.2 REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y REGULACIÓN DE ÉSTOS EN SENTIDO AMPLIO	17
1.3 LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN SENTIDO ESTRICTO	19
1.4 CREACIÓN LEGAL Y CARACTERÍSTICAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN	19
1.5 FINES DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA	20
1.6 REGULAR NO ES LEGISLAR NI REGLAMENTAR LEYES	23
1.7 ORIGEN DE LAS FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN	24
1.8 LA CREG: ORGANISMO CREADOR DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM.....	33
2. MARCO GENERAL DEL MERCADO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA	36
2.1 ANTECEDENTES	36
2.2 LA CADENA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA	39
2.2.1 Generación	39
2.2.2 Transmisión	39
2.2.3 Distribución	39
2.2.4 Comercialización	40
2.3 LOS USUARIOS.....	41
2.3.1 Regulados	41
2.3.2 No Regulados	42
2.4 TRANSACCIONES DE ELECTRICIDAD	43
2.4.1 Mercado Minorista o Regulado	43
2.4.2 Mercado Libre o No Regulado	43
2.4.3 Mercado Mayorista	43

3. EL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA (MEM).....	44
3.1 ORIGEN.....	44
3.2 DEFINICIÓN	44
3.3 AGENTES DEL MEM	44
3.3.1 Agentes Activos	44
3.3.1.1 Generadores	45
3.3.1.2 Comercializadores	45
3.3.2 Agentes pasivos: Transportadores.....	46
3.4 FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEL MEM.....	48
3.4.1 Escenario Operativo	48
3.4.2 Escenario Comercial	48
3.5 INSTRUMENTOS TRANSACCIONALES EN EL MEM.....	49
3.5.1 Contratos Bilaterales de compra garantizada de energía	49
3.5.1.1 Las modalidades genéricas, básicas o tradicionales, y que atienden a las cantidades pactadas	52
3.5.1.2 Las modalidades nuevas o derivadas	53
3.5.2 Contratos (transacciones directas) en la Bolsa de Energía ("Pool de generadores").....	54
 4. EL CONTRATO ENTRE "XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P." Y LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA	56
4.1 OBSERVACIÓN	56
4.2 TIPO DE CONTRATO Y LAS PARTES.....	56
4.2.1 Es un contrato de mandato	56
4.2.2 Es un contrato de mandato "mercantil"	57
4.2.3 ¿Cumple este contrato de mandato con los elementos esenciales que según el Código de Comercio tiene el contrato de mandato?.....	57
4.2.4 Es un contrato de mandato mercantil "con representación".....	58
4.2.5 No es un mandato plural, conferido por varios mandantes.....	63
4.2.6 Es un contrato de mandato especial	64
4.3 OBJETO DEL CONTRATO.....	65
4.3.1 Regulación de las actividades desarrolladas por el ASIC y por el LAC	65
4.3.2 Las facturas comerciales emitidas por el ASIC y el LAC	66
4.3.3 Liquidación y facturación realizada por el ASIC	68
4.3.3.1 Procesos para la liquidación	68
4.3.3.2 Liquidación, asignación o ejecución de los contratos a largo plazo, o contratos bilaterales de compra garantizada de energía	69

4.3.3.3 Liquidación mensual y facturación	72
4.3.4 Liquidación y facturación realizada por el LAC	73
4.3.4.1 Liquidación de los Cargos por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional	73
4.3.4.2 Facturación de los Cargos por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional	74
4.3.5 Cobranza a cargo del ASIC y del LAC, y pago de los agentes del mercado mayorista	75
4.3.6 Pago a los agentes del mercado mayorista, o distribución de los ingresos o dineros recaudados	77
4.4 OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL Y SU COMPARACIÓN CON EL CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM	80
4.4.1 Obligaciones del mandatario	80
4.4.1.1 Obligación principal	80
4.4.1.2 Obligaciones paralelas y complementarias	82
4.4.2 Obligaciones del mandante	91
4.4.2.1 Obligación principal	91
4.4.2.2 Obligaciones paralelas y complementarias	91
4.5 DERECHOS DEL MANDATARIO EN EL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL Y SU COMPARACIÓN CON EL CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM	94
4.6 CLASIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” COMO MANDATARIO, Y DE LOS AGENTES DEL MEM COMO MANDANTES	95
4.6.1 Obligaciones de medios y de resultado	95
4.6.2 Clasificación de la obligación principal de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, como mandatario	97
4.6.3 Clasificación de la obligación principal de los agentes del MEM, como mandantes	99
4.7. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO	100
4.7.1 Forzoso o impuesto, y completamente dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado, o lo que es lo mismo, forzoso heterodoxo	100
4.7.2 Solemne	110
4.7.3 Bilateral	111
4.7.4 Oneroso	113
4.7.5 De ejecución sucesiva o tracto sucesivo	114
4.7.6 Intuitu personae	115
4.7.7 Típico	116
4.7.8 Principal	117
4.7.9 No aleatorio	117

4.8 CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	118
---	-----

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES CUMPLIDAS POR EL ASIC Y EL LAC, RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS ACTOS, JURISDICCIÓN COMPETENTE, RECURSO DE REPOSICIÓN Y VIABILIDAD DEL CONTRATO..... 124

5.1 “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.”, A TRAVÉS DEL ASIC Y EL LAC, NO CUMPLE UNA FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA, SIMPLEMENTE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO	124
5.1.1 La forma en que se cumplen las funciones del ASIC y del LAC no corresponde a las formas constitucionales de desarrollo de la función pública administrativa	124
5.1.1.1 No se trata de una descentralización por servicios.....	124
5.1.1.2 No se trata de una desconcentración	129
5.1.1.3 No se trata de una delegación de funciones	129
5.1.1.4 No se trata de una descentralización por colaboración	130
5.1.2 “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” es como un particular que, a través del ASIC y del LAC, presta un servicio público	131
5.1.3 “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” es como un particular que, a través del ASIC y del LAC, presta un servicio público que no acarrea el ejercicio de una función pública administrativa porque ni el ASIC ni el LAC tienen prerrogativas inherentes al Estado.....	132
5.2 APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LAS REGLAS DE DERECHO PRIVADO A LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL ASIC Y EL LAC, Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PARA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS EN TORNO A SUS ACTOS	136
5.3 RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LAS FACTURAS DEL ASIC	139
5.3.1 Las facturas emitidas por el ASIC no son facturas de servicios públicos	139
5.3.2 Creación por parte de la CREG, del recurso de reposición contra las facturaciones del ASIC	140
5.3.3 Improcedencia del recurso de reposición contra las facturaciones mensuales del ASIC ...	141
5.3.3.1 La CREG no es competente para crear recursos administrativos, en este caso el de reposición	141
5.3.3.2 La CREG no es competente para dar la calificación de actos administrativo a las facturas comerciales emitidas mensualmente por el ASIC.....	141
5.3.3.3 La CREG no es competente para disponer la aplicación de las reglas de derecho público a los actos de las ESP	143
5.3.3.4 Las facturas comerciales no sólo no son, sino que no pueden ser actos administrativos, pues son conceptos diferentes y excluyentes	143
5.3.4. Confusión del recurso de reposición y del mecanismo de rechazo o glosa de la factura, por parte de la CREG	145

5.3.5 El recurso de reposición debe tratarse como mecanismo de rechazo o glosa de las facturas mensuales del ASIC, no como recurso administrativo	147
5.3.6 Aplicación de los puntos anteriores a las facturas comerciales emitidas por el LAC	148
5.4 VIABILIDAD DEL CONTRATO	148
 6. CONCLUSIONES	150
 7. RECOMENDACIONES	155
 BIBLIOGRAFÍA	156

ABREVIATURAS

ASIC: Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales

C.C.: Código Civil

C.Co.: Código de Comercio

C. de P.C.: Código de Procedimiento Civil

CND: Centro Nacional de Despacho

C.P.: Constitución Política

CP. : Consejero Ponente

CREG: Comisión de Regulación de Energía y Gas

ESP: Empresa de Servicios Públicos

ISA: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

LAC: Liquidador y Administrador de Cuentas

MEM: Mercado de Energía Mayorista

MP: Magistrado Ponente

OR: Operador de red

SDL: Sistema de Distribución Local

SIC: Sistema de Intercambios Comerciales

SIN: Sistema Interconectado Nacional

SPD: Servicios Públicos Domiciliarios

STN: Sistema de Transmisión Nacional

STR: Sistema de Transmisión Regional

XM S.A. E.S.P.: Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.

- **Convenciones:**

Transportadores: Aunque el concepto de transportador comprende generalmente a los transportadores de energía en las redes del STN, de los STR y de los SDL, para efectos del contrato de mandato que será analizado en este trabajo de grado, debe entenderse por transportador a los transportadores de energía en las redes del STN y de los STR.

INTRODUCCIÓN

Hace ya varios años que se han venido presentando controversias en torno al contrato que celebra “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” -antes ISA- con los agentes del mercado de energía mayorista. Por ello se considera necesario estudiar su naturaleza jurídica, su alcance, y la jurisdicción competente para conocer de los litigios que surjan con ocasión de él.

Sin embargo, estudiar el contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es bastante complicado por varias razones. En primer lugar, debido al lenguaje técnico utilizado por la regulación de la CREG, lo cual hace difícil comprender qué obligaciones y derechos de los agentes del MEM y de aquella empresa en calidad de ASIC y LAC, se derivan del contrato de mandato, si algunos o todos los regulados por la CREG. En segundo lugar, el constante cambio regulatorio por parte de la CREG hace más ardua la tarea de saber cuál de sus resoluciones está vigente, y aún peor, cuáles de las normas de sus resoluciones siguen vigentes. En tercer lugar, hasta el momento no se ha publicado ningún análisis profundo sobre dicho contrato; el único que se ha atrevido a escribir sobre el mismo y hacer la respectiva publicación es el Dr. Juan José Arango Gaviria en su artículo titulado *“El contrato de mandato entre ISA-ASIC y los agentes del mercado mayorista de energía ¿Un artificio jurídico de origen regulatorio?”*¹, en el cual expone sus ideas sobre dicho contrato, algunas con las que se está de acuerdo, y otras con las que no. En cuarto lugar, el estudio a fondo de este contrato implica inmiscuirse en el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comercial y el Derecho Civil.

Hay que ser enfática en la preocupación central en este trabajo, dejando claro que ella gira en torno al marco jurídico del contrato de mandato con representación celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM.

En cuanto a la metodología empleada para este proyecto, como el contrato aludido es un contrato de mandato mercantil con representación, especialmente regulado por la CREG, tratándose así de un tema novedoso conocido por pocas personas, se dio la necesidad de empezar esta tesis haciendo alusión al tema de la regulación de los servicios públicos domiciliarios, desde la Constitución Política, pasando por la Ley 142 de 1994, conocida como la “Ley de los servicios públicos domiciliarios”, y la Ley 143 del mismo año, conocida como la “Ley eléctrica”, hasta llegar a lo que en sentido estricto es la regulación, momento en el que aparece la CREG, para decir quién es y cuál es su competencia, tema éste bastante

¹ Este artículo fue publicado en el volumen 9, No. 1, de la revista Letras Jurídicas, en marzo de 2001.

importante para determinar la legalidad y constitucionalidad de las resoluciones de esta entidad que imponen y regulan el contrato de mandato en referencia.

Después de empezar por hacer referencia a la regulación y llegar en este punto a la CREG, organismo encargado de regular el mercado de energía, se hará un marco general de este mercado, para luego hablar del mercado de energía mayorista, que como su nombre lo indica, se encuentra dentro del mercado de energía. Es en dicho mercado de energía mayorista donde se ubica exactamente el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC o LAC según el caso, y los agentes del MEM. Al llegar a este contrato, se dará cuenta de sus características, tratando siempre de determinar sus diferencias con el contrato de mandato regulado en el Código de Comercio.

Las funciones que “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, a través del LAC y del ASIC, ejerce en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con los agentes del MEM, corresponden a la función, de origen legal, de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica, asignadas por la Ley 142 de 1994, artículo 167, parágrafo 1, a la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, anteriormente ISA, a quien se le ordenó organizar el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, encargada de aquella función. A su vez, se trata de funciones que, por disposición de la Ley citada, artículo 74.1, literal c), son reguladas por la CREG. Como se trata de funciones de origen legal y que, además, son reguladas por la CREG, se ha cuestionado si corresponden al ejercicio de una función pública administrativa o/y a la prestación de un servicio público.

La respuesta a este interrogante será determinante para resolver cuestiones que giran alrededor del contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, como lo es la de la naturaleza jurídica del llamado “recurso de reposición” contra las liquidaciones contenidas en las facturaciones mensuales efectuadas por el ASIC y el LAC -dependencias de aquella empresa-, a fin de establecer si se está bajo la presencia de un recurso de vía gubernativa o de otra figura jurídica. Adicionalmente, servirá para determinar la viabilidad de dicho contrato, pues en caso de ser el ejercicio de funciones administrativas o la prestación de un servicio público, y sabiendo que en cualquier caso se trata de funciones reguladas por la CREG, ¿Qué razón habría para celebrar dicho contrato de mandato? ¿Sería necesario celebrarlo para poder llevar a cabo el ejercicio de aquellas funciones? ¿Acaso, no resultaría contraproducente? Aún más, ¿Podría afirmarse que sencillamente no podría celebrarse?

Hay algo que es supremamente importante aclarar para que el lector no se confunda al leer este trabajo, y es lo siguiente: La Ley 142 de 1994, artículo 167, parágrafo 1, ordenó la creación del centro nacional de despacho, concibiéndolo de la misma manera que lo concibe la Ley 143 de 1994, artículo 32, parágrafo 1, como una dependencia interna de la empresa encargada del servicio de

interconexión nacional -función que a partir de octubre de 2005 corresponde ejercer a “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y antes a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.-, que de acuerdo con la Ley 142 de 1994, artículo 167, parágrafo 1 y artículo 171, y la Ley 143 de 1994, artículo 34, ejerce todas las funciones que son cumplidas hoy en día por lo que en estricto sentido es el CND, y además, por el LAC y el ASIC. Así, las leyes 142 y 143 de 1994, encargaron directamente al CND la realización de dos actividades generales: 1) La planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional (artículo 32, parágrafo 1, y artículo 34, literales a) y b) de la Ley 143/94, y artículo 167, parágrafo 1, y artículo 171, numerales 1 y 2 de la Ley 142/94), y; 2) La administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista (artículo 167, parágrafo 1, de la Ley 142/94). A esta función se refieren los artículos 171.3 de la ley 142 de 1994 y el literal c) del artículo 34 de la Ley 143 de 1994, cuando disponen que es función específica del Centro Nacional de Despacho, *“determinar el valor de los intercambios resultantes de la operación conjunta de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional”*.

Lo que ocurre es que la CREG, a fin de organizar el funcionamiento del MEM, separó la parte técnica de la operación, de la parte comercial del funcionamiento del mercado, decidiendo tratar al CND, al LAC y al ASIC, como tres dependencias distintas de ISA como centro nacional de despacho -hoy “XM S.A. E.S.P.”-, de tal modo que en la primera de las actividades mencionadas se ubica lo que en estricto sentido es el CND, mientras que en la segunda se encuentran el ASIC y el LAC.

El parágrafo 1 del artículo 167 de la Ley 142 de 1994, estableció que una vez organizado el centro nacional de despacho, el gobierno podía constituir una sociedad anónima que se encargue de sus funciones. En desarrollo de esta disposición normativa, el Decreto 848 de 2005 autorizó la constitución de dicha sociedad que es la que hoy se conoce como “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, filial de ISA que se constituyó el 1 de septiembre de 2005 y entró en operación comercial el 1 de octubre del mismo año. En cumplimiento de este Decreto, mediante la Resolución CREG-078 de 2005, se ajusta la reglamentación vigente, reasignando a la nueva empresa, aquellas funciones que venían siendo desarrolladas por ISA, mediante el CND, el LAC y el ASIC, de conformidad con las normas regulatorias expedidas por la CREG que le atribuían tales facultades a esta última empresa. Para llevar a cabo esta reasignación de funciones, dicha Resolución ordenó a ISA ceder a la nueva empresa, como allí se explica, los convenios y contratos de mandato por ella suscritos en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) y de Liquidador y Administrador de Cuentas de los cargos por uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional (LAC), con los agentes del MEM, y las garantías y títulos valores que le fueron otorgados por éstos, lo cual efectivamente se realizó.

1. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1.1 LA FUNCIÓN DE REGULACIÓN EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO ESTRICTO

Siguiendo las ideas contempladas en la sentencia C-150 de 2003²:

En un Estado Social de Derecho, la intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer a varias funciones, una de ellas es la función de regulación. Ésta puede entenderse en sentido amplio o en sentido estricto.

En un "sentido amplio", regulación económica y social son todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad; se trata de una regulación general, a través de la cual el Estado establece una serie de instituciones básicas, sin las cuales el mercado económico no podría existir ni funcionar. Entre dichas instituciones se encuentran las traídas por el Código Civil (derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, etc.), el cual es la primera modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social. No obstante, en determinadas circunstancias históricas, esta forma básica de regulación socioeconómica ha sido considerada inadecuada para alcanzar ciertos objetivos sociales, razón por la cual, y haciendo referencia a Colombia, las diferentes reformas constitucionales y la actual Constitución han venido dotando al Estado de diferentes instrumentos adecuados de intervención.

En sentido estricto, y a pesar de las marcadas diferencias entre países, hay un contenido, común en todos ellos, de la función estatal de regulación socioeconómica, que la diferencia de las demás formas de intervención estatal en la economía:

- Es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socioeconómico;
- Obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector de la actividad socioeconómica y a su dinámica propia. Está entonces segmentada

² Corte Constitucional Colombiana. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo;

- La actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado;
- Está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socioeconómicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socioeconómicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador;
- Es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente e implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso, como a permitir el flujo de actividad socioeconómica respectivo;
- Es ejercida por un órgano, en cumplimiento del régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional. Usualmente es confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país, sometidas a controles jerárquicos o de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de un Estado Democrático de Derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, y el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades;
- Las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación (facultades del órgano regulador), tienen una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República. De manera que corresponde al legislador, en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales, determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia;

- El ámbito de competencia de la autoridad reguladora comprende distintos tipos de facultades o instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica, pues puede adoptar medidas de comunicación, económicas o jurídicas. Así, en un extremo se encuentra la facultad normativa, consistente en la adopción de normas. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación, como la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas; la facultad de definir tarifas, en fin.

En Colombia, la Constitución de 1991 contempla dos grandes tipos de órganos de regulación: 1) Los de rango constitucional, entre los cuales se encuentra, la Junta Directiva del Banco de la República como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria", y la Comisión Nacional de Televisión, cuya junta directiva está encargada de "la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley" (art. 77) entre otras funciones; y 2) Los de creación legal a los cuales aluden expresiones abiertas como "otras entidades del orden nacional" (art. 150.7) y "agencias del Estado" (art. 211), entre las cuales se encuentran las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios. A los primeros la Carta les reconoce autonomía, la cual es más amplia que la independencia reconocida a los segundos.

1.2 REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y REGULACIÓN DE ÉSTOS EN SENTIDO AMPLIO

Como lo señala la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-272 del 3 de junio de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero, se advierte que: La competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal según el artículo 365 constitucional cuando dice que "en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos", lo cual es lógico en tanto se trata de actividades que involucran el interés general. Sin embargo, la

Constitución precisó en algunos aspectos, y tratándose de los SPD, los órganos competentes para regular, entendiendo regulación en un sentido amplio, como conjunto de normas jurídicas. Así fue como la Constitución repartió competencias de regulación entre el legislador (arts. 150.8, 150.23, 365, 367 y 369), los departamentos (arts. 298 y 302), los municipios (arts. 311, 366, 367 y 368) y el Presidente de la República, quien no sólo conserva en esta materia, como en todos los campos, la potestad para reglamentar, por medio de decretos, las leyes sobre servicios públicos expedidas por el Congreso a fin de asegurar su cumplida ejecución (art. 189.11), sino que, además, tiene competencias propias en materia de SPD. En efecto, el art. 370 de la Carta le atribuye la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD³. Igualmente le corresponde el ejercicio, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de tales servicios.

Adicionalmente, conforme con el artículo 334 de la Constitución, la dirección de la economía se encuentra a cargo del Estado, siempre con sujeción a la ley, la cual, dependiendo del sector a intervenir, puede ser una ley marco (art. 150.19, C.P.), una ley de intervención económica (art. 150.21 y art. 334, C.P.), o una ley ordinaria (art. 150.23, C.P.). Uno de los sectores en los que puede intervenir el Estado, para cumplir su función de dirigir la economía, son los servicios públicos, entre los cuales se encuentran los domiciliarios.

Por consiguiente, acorde con la Constitución, y como lo sostiene la sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003⁴:

En materia de servicios públicos, el Congreso puede optar, según la finalidad que persiga, por una ley ordinaria mediante la cual regule su prestación (art. 150.23), o por una ley específica de intervención estatal en dichos servicios (art. 150.21 y 334), así como puede decidir combinar ambos instrumentos puesto que dispone de un margen de configuración suficiente en estos ámbitos y el Constituyente no exigió una categoría específica de ley -marco, estatutaria u orgánica- en dichos asuntos. Así, la Ley 142 de 1994 "establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios" pero también contiene un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los "fines" de dicha intervención (art. 2° de la C.P.) así como "los instrumentos" para el desarrollo de la misma (art. 3° de la C.P.).

³ Así lo reitera, mediante citación de esta sentencia, y al referirse al reparto constitucional de competencias en materia de SPD, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de marzo de 2001; Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo; CP. Manuel Santiago Urueta Ayola; Radicación No. 4957; Referencia: Acción de Nulidad; Actor: Empresas Públicas de Medellín; Demandado: CREG.

⁴ Op. Cit. p. 2.

1.3 LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN SENTIDO ESTRICTO

Seguidamente, refiriéndose a los SPD, la sentencia recientemente citada, afirma:

No obstante, la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo. Por el contrario, la Constitución dispone que otros órganos podrán, de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que ésta señale, intervenir en determinadas actividades. En efecto, las leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención, su ámbito de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo así como los instrumentos para alcanzarlos. Al respecto, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto.

Pues bien, la regulación de los SPD, en sentido estricto, es el papel que desempeñan las comisiones de regulación de dichos servicios.

1.4 CREACIÓN LEGAL Y CARACTERÍSTICAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

Según el artículo 150, ordinal 7, de la Constitución, el Congreso tiene la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional y de crear entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica, lo cual significa que el legislador se encuentra habilitado para fijar, modificar y suprimir las características de los órganos creados, como en el caso de las agencias estatales. Fue así como el Congreso, a través del inciso primero y los tres numerales del artículo 69 de la Ley 142 de 1994 (concordado con el art. 67 de la Ley 489 de 1998), creó las tres comisiones de regulación actualmente existentes y las organizó como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio. Posteriormente, la sentencia C-1162 de 2000⁵, declaró exequibles el inciso primero y los tres numerales del artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

Como lo afirma la sentencia C-272 del 3 de junio de 1998⁶, las comisiones de regulación son independientes⁷, más no autónomas frente al Ejecutivo, son

⁵ Corte Constitucional Colombiana. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Corte Constitucional Colombiana. MP. Alejandro Martínez Caballero.

agencias estatales a él subordinadas y por tanto sujetas a una importante injerencia presidencial, ya que es propio de la delegación que la autoridad delegataria -las comisiones- se encuentra en una cierta subordinación frente a quien delega -Presidente de la República-. De aquí que el ministro del ramo las presida (arts. 69 y 71.1, Ley 142/94). La independencia de la que gozan respecto del Gobierno, propende por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de la prestación de los SPD. Además, la misma ley estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación: 1) Son órganos colegiados (art. 71); 2) Tienen un carácter técnico y especializado (arts. 3 # 3 y 5; 73 # 3 y 4; y 87); 3) Cuentan con independencia patrimonial (art.85); 4) Sus directivos, los comisionados, tienen período fijo (art. 71 # 2: varios comisionados son nombrados por el Presidente de la República, pero no son de libre remoción) y; 5) Están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades (art.44). Todo esto reduce el riesgo de que el Gobierno influya en las decisiones a cargo de las comisiones.

Las comisiones de regulación, al ser unidades administrativas especiales, hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (art. 38 de la Ley 489/98), y al hacer parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y ser entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de funciones administrativas, integran la Administración Pública (arts. 39 de la Ley 489/98; y 68 de la Ley 142/94) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (art. 189 C.P.). Según la sentencia del Consejo de Estado del 6 de agosto de 2004, esto resulta consecuente con las atribuciones que ejerce a través de ellas el Presidente de la República. Esta misma sentencia afirma que las comisiones de regulación carecen de personería jurídica.

1.5 FINES DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

De acuerdo con la sentencia C-150 de 2003⁸, los órganos de regulación de los SPD han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad:

⁷ En sentencia C-827 de 2001 de la Corte Constitucional Colombiana, MP. Álvaro Tafur Galvis, se dio cuenta de la correspondencia entre la función de regular y la independencia del órgano competente para ejercer dicha función en un sector determinado respecto de un ámbito de actividad social (regulación sectorial).

⁸ Op. Cit. p. 2.

a) Los fines sociales: La función de regulación de los SPD debe orientarse a garantizar la efectividad de los principios del Estado Social de Derecho, que el mercado por sí mismo no alcanzará, según el marco constitucional y legal. Como los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) y es objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 C.P.), su regulación está a cargo del Estado (art. 365, inc. 2º, C.P.) y debe procurar por su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365, inc.1º, y 367, C.P.), el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366, inc. 1º, C.P.), las otras finalidades sociales del Estado como las señaladas en el inciso primero del artículo 334 constitucional, teniendo en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario de los SPD (art. 367 C.P.).

En efecto, la Ley 142 de 1994, con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución, en su artículo segundo, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de los SPD.

b) Los fines económicos: La función de regulación de los SPD debe procurar que el mercado de dichos servicios funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos (arts. 78, 333 y 334, C.P.). La Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. La participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado. Pero, en realidad, son los compradores, entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los SPD, quienes se benefician en mayor medida de un mercado competitivo, pues éste conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren⁹.

⁹ Esta finalidad económica de la regulación fue tenida en cuenta en la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994, a la hora de definir la naturaleza de la regulación, así:

"La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la

Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, aparecen las "fallas del mercado" (externalidades, ausencia de información perfecta, monopolios naturales y barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, etc.) que conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades, que hay en el mercado, no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras. El mercado genera entonces resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado Social de Derecho, al afectar los derechos y valores consagrados en la Constitución.

Cuando la situación anotada se presenta en el mercado de los SPD, se hace necesaria la intervención estatal, que se lleva a cabo mediante las comisiones de regulación. Éstas, como lo sostiene la sentencia C-1162 de 2000¹⁰, son órganos administrativos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, las pautas que pretenden orientar el mercado de los SPD hacia condiciones de libre competencia, estableciendo unas reglas mínimas que deben observar los prestadores de dichos servicios, y de esta forma, garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, asegurar su calidad y defender los derechos de los usuarios, todas estas, materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. La regulación de los SPD es una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales del Estado (Preámbulo, arts. 1, 2, 333, 334, 365, 367 y 370, C.P.). De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación.

Así mismo, en adherencia a las ideas de la sentencia C-150 de 2003¹¹, la regulación de este mercado es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades que aparecen frente a las permanentes variaciones que se presentan en el sector de los SPD, y para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.

competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor" (Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. Gaceta del Congreso N° 162 de 17 de noviembre de 1992 p. 21.).

A su vez, esta idea de regulación fue retomada por el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 y por el artículo 73, inciso 1°, de la Ley 142 de 1994.

¹⁰ Op. Cit. p. 4.

¹¹ Op. Cit. p. 2.

De esta manera, en el ámbito de los SPD, las metas de la función estatal de regulación no son exclusivamente económicas, sino que su finalidad consiste en asegurar la compatibilidad de un mercado eficiente con los principios del Estado Social de Derecho, dentro de una democracia participativa en la cual los derechos de todos los usuarios sean efectivamente protegidos y garantizados, pues así lo dispone la Constitución en sus artículos 78 y 369.

1.6 REGULAR NO ES LEGISLAR NI REGLAMENTAR LEYES

En cuanto a la razón de ser de las comisiones de regulación, el párrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, establece que: *“Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”*.

Como lo sostiene la sentencia C-1162 de 2000¹², esta disposición normativa debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 # 18 ídem, que define “regulación de los servicios públicos domiciliarios”, como: *“La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”*.

La sentencia citada declaró exequible, sólo en los términos de esta providencia, el párrafo del artículo 69 y el numeral 18 del artículo 14, de la Ley 142 de 1994, advirtiendo que bajo cualquiera otra interpretación estos preceptos se declaran inexecutable.

Pues bien, acorde con dicha sentencia:

La función de regular es diferente de la de legislar que corresponde al Congreso y solo excepcionalmente al Presidente, y de la de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la cual es exclusiva del Presidente de la República (art. 189.11, C.P.: facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes) y por tanto indelegable. Así pues, los actos de regulación de las comisiones están sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área, pues al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía, y Comunicaciones, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias.

¹² Op. Cit. p. 4.

Los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial.

La regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para "completar la ley", o para llenar sus vacíos o espacios, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (art.113, C.P.), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150.10, C.P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas. El artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga "con sujeción a la ley", no "para completar la ley".

1.7 ORIGEN DE LAS FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

El artículo 68 de la Ley 142 de 1994¹³ autorizó al Presidente de la República para delegar en las Comisiones de Regulación, la función que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, consistente en el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD, y a los demás a los que se refiere esta ley. El artículo 370 constitucional establece que esa función deberá cumplirse conforme a la ley¹⁴. Pero, ¿Cuál ley? Pues la Ley 142 de 1994, como lo advierte ésta en la parte final del inciso 1 de su artículo 68, ya que esta es la ley que fija el marco jurídico general de los SPD; la Ley 143 de 1994, que fija el marco jurídico general del servicio público domiciliario de energía eléctrica, y todas aquellas que las modifiquen.

¹³ Este artículo dispone: "**ARTICULO 68.** El Presidente de la República señalará las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley. Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las Comisiones."

¹⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-242 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara.

De acuerdo con la sentencia C-272 del 3 de junio de 1998¹⁵, cuando el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 alude a “los demás a los que se refiere esta ley”, se está refiriendo, de acuerdo con una interpretación sistemática de la disposición en el contexto general de la Ley 142 de 1994, y en especial tomando en consideración el artículo 14.2 sobre el sentido de las definiciones previstas por esa ley, a ciertas actividades complementarias, que si bien no configuran “en sentido estricto” la prestación de un servicio público “domiciliario”, se encuentran tan íntimamente ligadas al mismo, que resulta razonable que los mandatos de la ley también las cubran.

Esa misma sentencia declaró exequible el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, considerando que esa función constitucional atribuida al Presidente de la República por el artículo 370 de la Constitución y a la que hace exclusiva referencia aquella norma, es susceptible de delegación, al tratarse de una función eminentemente presidencial¹⁶ de carácter administrativo¹⁷ que no compromete el fuero presidencial o la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario¹⁸. Aclara además, que las políticas a las que se refiere el artículo 370 constitucional, no hacen parte del programa de gobierno que el Presidente juró cumplir, como se sostiene en la demanda, pues el primer mandatario sólo se compromete a cumplir la Constitución y las leyes, no un programa de gobierno.

No sobra decir que en cuanto a la delegabilidad o no de la función presidencial de formulación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD, la sentencia C-272 de 1998¹⁹, prima y deja sin efecto lo dicho por el Consejo de Estado en su sentencia del 25 de septiembre de 1997²⁰, que sea contrario a lo

¹⁵ Op. Cit. p. 5.

¹⁶ La Corte Constitucional Colombiana analizó el reparto constitucional de competencias en relación con los servicios públicos y dejó claro al demandante que no es una función compartida con el legislador, lo cual se deduce de la simple lectura del artículo 370 constitucional, que es reproducido por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

¹⁷ La Corte Constitucional Colombiana advierte que se trata de una potestad que ejerce el Presidente como Jefe de la Administración, por lo cual sería incluso delegable en el anterior ordenamiento constitucional. En efecto, incluso en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del Presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como Jefe de la Administración, y no como Jefe de Estado o de Gobierno.

¹⁸ La Corte Constitucional Colombiana sostiene que esto es tan claro que la propia Asamblea Constituyente consideró viable atribuir esa facultad a un órgano autónomo, aunque decidiera efectivamente conferírsela al Presidente de la República.

¹⁹ Op. Cit. p. 5.

²⁰ Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo; Referencia: Expediente No.11.857, Acción de Nulidad; Actor: Enrique José Arboleda Perdomo; CP. Carlos Betancur Jaramillo. Sobre la función presidencial de formulación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD, consideró, diferente a lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-272 de 1998, que: a) Es una función indelegable, ya que corresponde al Presidente como Jefe de Gobierno (en esta medida es una función exclusiva del Presidente), y por esto los artículos 68 y 74.3 de la Ley 142 de 1994, al permitir la delegación de dicha función en las comisiones de regulación, son inconstitucionales y por ende, inaplicables

expresado por aquella, ya que acorde con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes.

Como lo cita la sentencia C-272 de 1998, en la sentencia C-315 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó que la delegación de funciones presidenciales se sujeta a los siguientes requisitos:

- (1) Autorización legal: Solo son delegables las funciones que la ley señale y siempre que su naturaleza lo permita;
- (2) La competencia no debe ser ajena al delegante: Si bien en la delegación no opera una transferencia de la función, sino de su ejercicio, es inconcebible que ella pueda recaer sobre una atribución constitucional ajena al delegante, pues carecería de objeto, y crearlo equivaldría a que la ley por su cuenta modificara el diseño de las competencias instituido por el Constituyente;
- (3) Acto presidencial de delegación: La decisión última sobre la delegación, incumbe al titular de la función, que puede abstenerse de hacerlo, pese a la autorización legal;
- (4) Limitación de delegatarios: Únicamente tienen aptitud para ser delegatarios los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine;
- (5) Imputación de los actos: Los actos o resoluciones que en el ejercicio de la delegación dicta el delegatario se reputan suyos para todos los efectos legales y al hacerlo compromete su exclusiva responsabilidad, no la del delegante;
- (6) Reforma y revocación de los actos del delegatario: En todo momento, el delegante puede reformar o revocar la actuación del delegatario, en cuyo caso reasumirá la responsabilidad consiguiente;
- (7) Recursos: Contra los actos del delegatario pueden imponerse los recursos que establezca la ley.

Pues bien, como lo sostiene la sentencia C-272 de 1998, la delegación prevista por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, cumple los requisitos para la delegación de funciones presidenciales, ya que:

- (1) Se trata de una disposición legal que autoriza la delegación de una función que es delegable;

en los términos del art. 4º de la Constitución; b) Es una función que corresponde al Presidente como Jefe de Gobierno, puesto que dichas políticas corresponden o están ligadas al programa de gobierno que se comprometió a desarrollar aquél al tomar posesión de su cargo, de modo que en dicha formulación el Presidente compromete su responsabilidad política; c) Es una competencia compartida con el legislador.

- (2) La competencia no es ajena al delegante porque es una función que expresamente la Constitución, en su artículo 370, asignó al Presidente como garante y promotor de la gestión administrativa en los SPD;
- (3) Existe el acto presidencial de delegación de funciones, pues mediante el Decreto 1524 del 15 de julio de 1994, se hizo la delegación en relación con todas y cada una de las comisiones de regulación actualmente existentes, y mediante el Decreto 2253 del 6 de octubre del mismo año en lo relativo específicamente a la CREG;
- (4) Las comisiones de regulación son aptas para operar como delegatarias pues se trata de agencias del Estado que la misma ley ha determinado y en quienes el artículo 211 de la Constitución permite delegar funciones presidenciales. En este caso, el artículo 69 de la ley 142 de 1994 le dio a las comisiones de regulación el carácter de unidades administrativas especiales y en virtud del artículo 150.7 de la Carta, el Congreso le atribuyó a las mismas sus objetivos y su estructura;
- (5) En lo concerniente a la responsabilidad, resulta también claro que la titularidad de los actos del delegatario, -comisiones de regulación- se reputan pertenecientes a dichas unidades administrativas especiales sin que se comprometa la responsabilidad del delegante;
- (6) Por eso frente a tales actos, pueden interponerse los recursos que señala la ley 142;
- (7) Lo que no es óbice para que en todo momento el Presidente pueda recuperar sus funciones delegadas y por ende tenga la facultad de reformar o revocar las actuaciones (resoluciones) de las comisiones de regulación.

En esa misma sentencia, la Corte Constitucional Colombiana recuerda que la atribución a las comisiones de regulación de competencias no presidenciales no es *per se* inconstitucional y cita la sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997²¹, acorde con la cual, las funciones de las comisiones de regulación no son únicamente aquellas que le han sido delegadas por el Presidente de la República, pues también cumplen funciones que les fueron asignadas por la ley directamente²². Esta misma idea la sostienen la sentencia C-150 de 2003²³; la

²¹ Corte Constitucional Colombiana. MP. Fabio Morón Díaz.

²² La sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997 de la Corte Constitucional Colombiana, MP. Fabio Morón Díaz, en su cuarto punto, titulado “*Régimen Jurídico de los actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios*”, en cuanto a la posibilidad de que las comisiones de regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la Ley 142/94, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros, expresa, en resumen, que: La competencia de las comisiones de regulación de dictar normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo de reglamentación de la gestión contractual de las ESP no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución lo prohíbe. No se trata de un traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino de una facultad atribuida por la ley directamente a las comisiones de regulación, ley que fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular.

sentencia del 17 de agosto de 2000, del Consejo de Estado²⁴, y la sentencia del 30 de marzo de 2001 de la misma institución²⁵. El inconveniente está en saber cuáles funciones son producto de la delegación y cuáles de la asignación que a ellas hizo la ley. Resulta muy difícil tener certeza de cuáles de las funciones que cumplen las comisiones de regulación no caben en la función que corresponde a ellas por delegación presidencial, de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los SPD, porque esta atribución es tan amplia que al analizar cada una de las funciones de las comisiones de regulación, podría decirse que al menos casi la totalidad de ellas es una forma de administrar los SPD y de hacer eficiente su prestación.

Contrario a lo anterior, la sentencia C-1162 de 2000 sostiene que la función de regulación obedece exclusivamente a la delegación de la función presidencial del artículo 370 constitucional²⁶. Se encuentran entonces posiciones opuestas, dentro

Así, esta sentencia, declaró exequible el artículo 31 de la Ley 142/94 y el aparte del artículo 35 de la misma ley, que dispone: *“En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes”*.

²³ Op. Cit. p. 2. En su punto 4.4.1.3 advierte: *“En suma, el legislador dispone de un amplio margen de configuración respecto del tipo de órganos que puede crear para regular la prestación de los servicios, de las funciones que les puede adscribir o de las que puede autorizar que les sean delegadas, de las características institucionales que les otorgará y, por lo tanto, del ámbito de independencia que les desee conferir. (...)”*.

²⁴ Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo; Radicación No. 5920 del 17 de agosto de 2000; CP. Juan Alberto Polo Figueroa. Afirma expresamente que: *“... las comisiones de regulación, a las cuales pertenece la CREG, aparecen en la ley 142 de 1994, pudiéndose observar que, según el artículo 68, inciso segundo, las funciones que en ella se les asigna son ante todo o en principio del Presidente de la República, de manera que aquellas sólo las pueden ejercer si el Presidente se las delega.*

(...)”

Así las cosas, según el artículo 68 las comisiones de regulación están instituidas como órganos destinados a ejercer funciones delegadas por el Presidente de la República en relación con la fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que el artículo 370 de la Constitución le encomienda a éste; si bien la Corte Constitucional admite que también han recibido atribuciones directamente de la ley”.

Posteriormente, sostiene que tratándose de la CREG, sus funciones específicas previstas en el artículo 23 de la Ley 142 de 1994, son funciones en ella delegadas por el Presidente de la República mediante los Decretos 1524 y 2253 de 1994, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 68 y 105 de la Ley 142.

²⁵ Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo; Radicación No. 4957; CP. Manuel Santiago Urueta Ayola. Al respecto, en su tercer punto, titulado *“Naturaleza y alcance de la competencia de la CREG sobre la materia de la litis”*, numeral 2, anotó que: *“Lo anterior corresponde al necesario reparto de competencias entre los órganos del Estado, que en este caso se da tanto bajo las formas de desconcentración, por adscripción de funciones que hace la ley a la CREG, como de delegación administrativa, por decisión del propio Gobierno Nacional debidamente autorizado por la ley”*.

²⁶ Así, en su primer punto, titulado *Facultad del Congreso para crear unidades administrativas especiales*. La delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos. Alcance del concepto “regulación”, afirma expresamente que:

“ (...)”

Así las cosas, se tiene que la regulación a cargo de las citadas comisiones hace referencia al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política.

de la misma Corte Constitucional, sobre el origen de las funciones de las comisiones de regulación. ¿Qué hacer frente a situaciones como éstas? ¿Qué posición debe adoptarse? Dada la complejidad de la discusión, no se ahondará en ella, pues no es el objetivo de este trabajo. Sin embargo, más adelante se expondrá la posición de la autora del presente trabajo de grado.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de septiembre de 1997²⁷, no reconoce ninguna competencia a las comisiones de regulación y afirma que son nada más que una desafortunada copia del sistema anglosajón, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EE.UU, como también lo es el principio de la separación de poderes que rige en uno y otro país. Advierte que la creación de las comisiones de regulación no puede explicarse por la delegación de las funciones presidenciales previstas en el artículo 370 constitucional, ni por la delegación de potestades legislativas (desconcentración de poderes legislativos), ya que ambas son funciones indelegables, de manera que su delegación sería inconstitucional. Entiende que la ley no puede asignar directamente funciones a las comisiones de regulación, pues se estaría delegando la función que la Constitución, en sus artículos 150.23 y 365, asigna a la ley, de señalar el régimen jurídico de los SPD, función de suyo indelegable, pues dichas normas no permiten, ni expresa ni tácitamente, la “delegación” de su potestad legislativa o desconcentración. Señala además que el legislador, en el sistema jurídico colombiano, sólo puede “delegar” su competencia legislativa, excepcionalmente, en el Presidente de la República en los términos del artículo 150.10 de la Constitución y, en esta medida, no tiene sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el artículo 150.5 constitucional.

Frente a lo anterior, hay que decir que acorde con la sentencia C-150 de 2003, no existe un modelo de regulación (anglosajón o romano germánico), el constituyente colombiano de 1991 no adoptó ningún modelo extranjero sino que creó uno propio con la finalidad de responder a problemas y necesidades propios. Esta sentencia sostiene expresamente que:

(...)

De otra parte, el artículo 370 contrae esa fijación de políticas generales, con sujeción a la ley, a los temas atinentes a la "administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios". De suerte que la competencia reguladora asignada a las comisiones en referencia por disposición de los artículos 68 y 69 de la Ley debe circunscribirse a esos asuntos.

(...)

²⁷ Op. Cit. p.19.

“4.1.1.3

(...)

Como la reforma introducida en 1991 en materia de la función estatal de regulación y de órganos especializados de regulación refleja una tendencia general presente en varias democracias, la cual se llevó a cabo, como lo anotó la Corte en la sentencia citada, “en consonancia con experiencias institucionales de otros países”, resulta pertinente hacer una breve referencia al derecho comparado para apreciar los rasgos característicos de esta función estatal y de los órganos que la ejercen en otros sistemas, reiterando que el constituyente de 1991 no adoptó ningún modelo extranjero sino que creó uno propio.

4.1.2. Breve referencia al derecho comparado.

4.1.2.1 Si bien la función de regulación ha sido una constante de las democracias liberales, donde el Estado interviene para lograr fines sociales, las características de esta función, la intensidad con la cual es ejercida y las metas específicas a las cuales está encaminada han evolucionado en cada país según las prioridades políticas de la época. Por eso no se puede afirmar que exista un modelo de regulación puesto que las diferencias entre países, y al interior mismo de cada Estado, son profundas.

4.1.2.2 (...) Una breve referencia al derecho comparado indica que existen claras diferencias en las instituciones regulatorias del continente europeo y de los países anglosajones.

En primer lugar, no existe un modelo anglosajón de regulación puesto que las instituciones estadounidenses son muy diferentes a las británicas. (...)

(...)

(...) En efecto, la inserción de los órganos de regulación no ha sido pacífica en ningún país. Las controversias versan sobre diversas cuestiones, como por ejemplo la relación de los órganos de regulación con el jefe de gobierno o con el Presidente de la República, su independencia, el origen y ámbito de sus funciones, la naturaleza y la jerarquía de los actos que éstos adoptan, los mecanismos de control parlamentario sobre los órganos de regulación y sobre sus actos y el alcance del control judicial sobre sus decisiones en especial cuando éstas revisten un elevado contenido técnico. La resolución de estas cuestiones en cada país obedeció a las especificidades del sistema en ellos imperante y, por lo tanto, no puede ser trasladada automáticamente al contexto colombiano. (...).”

Posteriormente, la misma sentencia señala que a pesar de las marcadas diferencias entre países, se pueden apreciar elementos comunes en cuanto al marco institucional de la función de regulación, asunto al cual se hizo referencia en el primer punto de este trabajo.

- **Consideraciones personales:**

Entonces, frente a la discusión sobre el origen de las funciones de las comisiones de regulación -¿Son producto de la delegación de la función presidencial del artículo 370 constitucional, ó, también se trata de funciones que les fueron asignadas directamente por la ley?-, hay que considerar el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, declarado exequible por la sentencia C-272 de 1998, y que reza lo siguiente: *“Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las Comisiones”*.

Acorde con esta disposición legal, todas las funciones que la Ley 142 de 1994 les señala a las comisiones de regulación, son desarrollo de la función que el artículo 370 constitucional le asigna al Presidente de la República, y pueden ser ejercidas por dichas comisiones, siempre y cuando el Presidente de la República efectúe en ellas la delegación de esta función. De aquí que esta norma constitucional exprese que *“Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios...”*. Porque cuando dice *“con sujeción a la ley”* está queriendo significar que la regulación que expidan las comisiones de regulación debe corresponder al ejercicio de las funciones que la Ley 142 de 1994 -y la Ley 143 de 1994, tratándose de la CREG²⁸- les atribuye, y ser acorde con el régimen jurídico general de SPD que establece esta ley. Por consiguiente, no debe establecerse una separación estricta sobre el origen de la competencia de las comisiones de regulación, diciendo que las funciones de éstas provienen o de la delegación que en ellas hace el Presidente de la República de la función que el artículo 370 de la Constitución le asigna a éste, ó, directamente de la ley. Se trata de conciliar estas dos ideas, que no son incompatibles. Así se resolvería la discusión sobre el origen de la competencia de las comisiones de regulación, pues a consideración de la autora de esta tesis, no se encuentra otra solución más acorde con la intención que el legislador manifestó en el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

²⁸ De las funciones que la Ley 143 de 1993 asigna a la CREG también se afirma lo mismo, no sólo por lo que se está diciendo, sino además porque el artículo 73.26 de la Ley 142 de 1994 señala que son funciones o facultades especiales de las comisiones de regulación *“todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica”*. De manera que, en concordancia con el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, esta es una de las normas que se refieren a las comisiones de regulación y que se aplicarán sólo si el Presidente decide delegar la función de que trata el artículo 370 constitucional. Por consiguiente, las funciones especiales que le asignó la Ley 143 de 1994 a la CREG, sólo podrán ser ejercidas por ésta, si el Presidente de la República decide delegar en ella la función que en principio corresponde a éste por disposición del artículo 370 de la Constitución, delegación que como se dijo antes, ya se efectuó. (lo subrayado es extratexto)

Ni siquiera la función que tienen las comisiones de regulación de señalar las tarifas de los SPD, es una función que les fue asignada directamente por la Ley 142 de 1994. Esto, porque si bien el inciso final del artículo 367 de la Constitución, da competencia al legislador para determinar las entidades competentes para fijar las tarifas de los SPD, y en esta medida esa función hubiera podido ser asignada directamente por el legislador a las comisiones de regulación, lo cierto es que de acuerdo con lo expresado por éste en el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, el legislador no lo quiso así. Él quiso que esa función fuera ejercida inicialmente por el Presidente de la República, salvo que éste decidiera delegar la función que le atribuye el artículo 370 constitucional, en las comisiones de regulación, como efectivamente lo hizo.

Y si el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 142 de 1994 no existiera, se consideraría que aunque al legislador corresponde la competencia constitucional de establecer el régimen jurídico de los SPD, ello no significa que el mismo legislador no pueda atribuir directamente funciones a las comisiones de regulación, integrantes de la Administración Central, para que éstas intervengan en los SPD, regulándolos, como forma de intervención del gobierno en la economía, para garantizar la prestación eficiente de los SPD a todos los habitantes del territorio nacional. Se adheriría a la posición de la Corte Constitucional, al considerar que las funciones de las comisiones de regulación pueden provenir de la delegación de las funciones presidenciales del artículo 370 de la Constitución, o directamente de la ley, en este caso de las Leyes 142 de 1994, tratándose de cualquiera de las comisiones de regulación, y de la Ley 143 del mismo año, tratándose de la CREG, y de las leyes que las modifiquen.

Esta posición no sólo se adapta más a la intención que el legislador dejó reflejada en el inciso 2º del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, sino que además es más acorde a una interpretación sistemática del texto constitucional, al tener en cuenta las normas constitucionales que atribuyen al legislador competencia para establecer el régimen jurídico de los SPD (arts. 150.23, y 365); determinar la estructura de la administración nacional y crear entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (art. 150.7); fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los SPD, y determinar las entidades competentes para fijar sus tarifas (art. 367, inc. 1º y final); la que le atribuye al Estado la dirección general de la economía y facultan su intervención, por mandato de la ley²⁹, en los servicios públicos (art. 334); aquella que, por un lado, afirma que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que éste debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio

²⁹ Según el artículo 150.21 de la Constitución, se trata de una “ley de intervención económica”, en la que como tal, deberán precisarse sus fines y alcances y los límites a la libertad económica. De aquí que la Ley 142 de 1994, ley de intervención económica, en su artículo 2, señala los fines de la intervención del Estado en los SPD. Mientras que la Ley 143 del mismo año, en su artículo 3, determina los deberes del Estado en relación con el servicio público de electricidad.

nacional, y por otro lado, sostiene que el Estado mantendrá la regulación de los servicios públicos, distinguiéndola de la facultad que tiene la ley para fijar su régimen jurídico (art. 365).

En todo caso, como lo afirma el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2000, en su punto 2.1, “(...) *ora facultadas por la misma ley, ora por delegación presidencial, las comisiones en comento tienen competencia para expedir regulaciones sobre servicios públicos domiciliarios, dentro del marco general que les fije el legislador (...)*”.

1.8 LA CREG: ORGANISMO CREADOR DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM

Conforme al numeral 2 del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, y al artículo 21 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, está organizada como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía.

Acorde con lo dicho en el punto 6 de este capítulo, y como lo afirma la sentencia del 30 de marzo de 2001 del Consejo de Estado³⁰, la CREG, por medio de sus resoluciones, aplica y desarrolla normas legales y reglamentarias superiores, como son las pertinentes de las Leyes 142 y 143 de 1994 y los decretos que con base en ellas ha expedido el Gobierno Nacional, de manera que ello no implica la creación directa de normas con fuerza de ley.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 74.1, literal c), de la Ley 142/94, y 23, literal i), de la Ley 143/94, corresponde a la CREG adoptar el Reglamento de Operaciones. En efecto, el artículo 74.1., literal c), de la Ley 142 de 1994, es función de la CREG “*Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible*”; y en virtud del artículo 23, literal i), de la Ley 143 de 1994, para cumplir el objetivo definido en el artículo 20 de la misma³¹, la CREG tendrá como función la de “*Establecer el Reglamento de Operación para realizar el*

³⁰ Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación No. 4957. Acción de Nulidad. Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Demandado: CREG.

³¹ El artículo 20 de la Ley 143 de 1994, dispone: “En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible”.

planeamiento y la coordinación del Sistema Interconectado Nacional, después de haber oído los conceptos del Consejo Nacional de Operación".

A su vez, el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, define el Reglamento de Operaciones como: *"conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional".*

Así las cosas, y como lo expresó la sentencia de 17 de agosto de 2000 del Consejo de Estado³²: *"... la operación del mentado Sistema y el Mercado Mayorista de Energía se deben cumplir o desarrollar bajo las disposiciones del Reglamento de Operaciones, según la definición que de éste recoge el artículo 11 de la ley 143 de 1994..."*.

Por otra parte, dice la misma sentencia que el Reglamento de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional constituye una clara expresión o herramienta de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los SPD, cuyo señalamiento corresponde al Presidente de la República, según el artículo 370 de la Constitución, atribución que como atrás se precisó, éste le delegó a la CREG. Sin embargo, independientemente de que la función que tiene la CREG de expedir el Reglamento de Operaciones, sea una función que le fue asignada por la ley ó una función que le corresponde por la delegación que le hizo el Presidente de la República de la función que el artículo 370 constitucional le asigna a éste, discusión sobre la cual se expuso la posición de la autora de este trabajo en el punto anterior, lo importante es que de acuerdo con las disposiciones legales citadas, la CREG es competente para establecer el Reglamento de Operaciones.

Por consiguiente, como el artículo 74.1 lit. c) de la Ley 142 de 1994 faculta a la CREG para establecer el Reglamento de Operación en orden a regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía, y el contrato de mandato celebrado entre "XM S.A. E.S.P" y los agentes del MEM, es impuesto y regulado por la CREG a fin de regular el funcionamiento de dicho mercado, este contrato hace parte del Reglamento de Operación. De manera que si el contrato de mandato, objeto de la presente tesis, es parte del Reglamento de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional, y la CREG es la que debe expedir este reglamento, entonces ella tiene competencia para regularlo, e incluso para imponerlo.

³² Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Radicación No. 5920. Acción de Nulidad. Actor: Jesús Andres Jiménez Riviere. Demandado: CREG.

No obstante, el inciso 1 del artículo 333 de la Constitución establece que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”*. Acorde con la sentencia C-616 del 13 de junio de 2001, de la Corte Constitucional Colombiana, MP. Rodrigo Escobar Gil, *“La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual...”*. Pues bien, el contrato de mandato entre “XM E.S.P. S.A.” y los agentes del MEM, es un contrato impuesto a los agentes del MEM y regulado por la CREG, y en esta medida implica, a consideración de la autora de este trabajo de grado, una casi total restricción a la iniciativa privada, a la libertad contractual, planteamiento que se desarrollará más adelante. Surge entonces el interrogante de si, de acuerdo con el artículo 333 constitucional, la CREG es competente para limitar de esta manera la iniciativa privada. La respuesta parece ser positiva si se entiende que la autorización que el literal c) del numeral 1 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, da a la CREG para regular el funcionamiento del MEM, implica la autorización a este organismo para limitar la iniciativa privada a fin de regular dicho mercado, autorización que equivale a la autorización legal que según el artículo 333 de la Constitución es necesaria a fin de poder exigir requisitos para el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada. En este caso se trata de la celebración del contrato de mandato aludido, como requisito exigido por la CREG a los agentes del MEM, para poder ejercer las actividades a las que se dedican, ya sea generación, comercialización y transmisión, de energía en grandes bloques.

Pero, aunque quede claro que la CREG es competente para limitar la iniciativa privada de los agentes del MEM, es cuestionable la viabilidad de tener que hacerlo a través de la imposición y regulación del contrato de mandato que aquí se estudia, tema en el que se profundizará más adelante.

2. MARCO GENERAL DEL MERCADO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA

2.1 ANTECEDENTES

A finales del siglo XIX se inició en Colombia la prestación del servicio de energía eléctrica, a partir de la iniciativa de inversionistas privados, quienes fueron los primeros en constituir empresas generadoras, distribuidoras y comercializadoras de electricidad, en Colombia.

A mediados del siglo XX, la clase política de las diferentes regiones difundió la idea de que la electricidad era fundamental para el desarrollo económico. Por esta razón, las empresas de electricidad comenzaron a tornarse públicas hasta que, a comienzos de la década de los 90's, se presencia casi una total estatización, pues si no se trataba de empresas públicas, eran empresas de naturaleza mixta con mayoría accionaria del Estado, todas las cuales, en muchos casos, realizaban más de una actividad dentro de la cadena generación-distribución.

Desde mediados del siglo XX y hasta 1967, debido al desarrollo regional que presentaba el país, las compañías estatales mantenían un poder monopólico sobre un área determinada e integradas verticalmente, prestaban los servicios de generación, transmisión y distribución.

Posteriormente, el sistema eléctrico colombiano se interconectó, y fue así como nació, en 1967, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., permitiendo el intercambio de energía entre los sistemas regionales, con el fin de lograr el mejor aprovechamiento de la capacidad energética de todo el sistema. ISA se encargaba de planear, coordinar y supervisar la operación del sistema interconectado nacional, de coordinar así el suministro de electricidad, siguiendo procesos de optimización que condujeran a la minimización de los costos del sistema; del planeamiento de la expansión del sistema de generación y transmisión y; si era necesario, de la construcción y operación de las nuevas centrales de generación.

Durante los años ochenta, el sector eléctrico colombiano entró en crisis, al igual que en la mayoría de países de América Latina. Esta situación se debió especialmente al subsidio de tarifas y a la politización de las empresas estatales, al desarrollo de grandes proyectos de generación, con sobrecostos y atrasos considerables, conllevando a que el sector se convirtiera en una gran carga para el Estado. A comienzos de la década de los 90's, se realizó, en Colombia, un estudio sobre la gestión y los logros alcanzados por las empresas estatales de

electricidad, y se observó que las empresas registraban resultados altamente desfavorables en términos de eficiencia administrativa, operativa y financiera. El sector eléctrico enfrentaba la quiebra financiera que finalmente se tradujo en el racionamiento a nivel nacional que abarcó el período 1991-1992.

En aquel entonces, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, desarrollaban la regulación; el esquema tarifario era definido por la Junta Nacional de Tarifas -JNT-; la planeación estaba a cargo de ISA.

Simultáneamente, en todo el mundo comenzó a ponerse en duda la eficacia de los monopolios estatales para la prestación de los servicios públicos, iniciándose grandes reformas en algunos países tales como el Reino Unido, Noruega y Chile. El cambio propuesto tenía los siguientes elementos: a) Introducir competencia en el sector eléctrico; b) Permitir la inversión privada, llegando al punto de privatizar las compañías estatales; c) Eliminar la integración vertical, separando los negocios de transmisión, distribución y generación; d) Dejar al Estado solamente el papel de ente regulador.

Frente a este panorama, a principios de los años 90, el país vio la necesidad de modernizar el sector eléctrico, abriéndolo a la participación privada, y siguiendo un esquema similar a los países pioneros en este desarrollo, en especial el Reino Unido. Se iniciaron una serie de transformaciones, a partir de la Constitución de 1991 y, de las Leyes 142 y 143 de 1994, Ley de servicios públicos domiciliarios y Ley eléctrica, respectivamente.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 365 establece como deber del Estado el logro de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Para lograr este objetivo determinó que éstos no sólo pueden ser prestados por el Estado sino también por los particulares, que debería promoverse la libre competencia en la prestación de los mismos donde fuera posible, y que en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Las Leyes 142 y 143 de 1994 retomaron los parámetros constitucionales y establecieron un nuevo régimen de SPD y del sector eléctrico, respectivamente. La Ley 143 de 1994 viabiliza el enfoque constitucional, regula las actividades de generación, transmisión, distribución, y comercialización de electricidad. En estas leyes se definen los criterios generales y las políticas que deberán regir la prestación de los SPD en el país y los procedimientos y mecanismos para su regulación, control y vigilancia. Este régimen implicó, desde el punto de vista institucional, entre otras cosas, lo siguiente:

- a) El rol principal del Estado deja de ser el de propietario y prestador de SPD, para ser un Estado regulador, controlador y vigilante. Es por esto que se crean:

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -SSPD- de acuerdo con lo establecido en el artículo 370 de la Constitución de 1991. La SSPD está encargada del control, inspección y vigilancia de las entidades que presten SPD; la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- entidad a la que se le encargó la regulación del sector eléctrico; la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-, encargada de la planeación; el Consejo Nacional de Operación -CNO-, cuya función principal es la de expedir acuerdos sobre los aspectos técnicos para garantizar que la operación conjunta del sistema interconectado nacional sea segura, confiables y económica, y la de ser órgano ejecutor del reglamento de operación. El Decreto 2804 del 29 de diciembre de 2000 modificatorio del Decreto 2023 del 15 de octubre de 1999, determinó que a partir del 31 de junio de 2001, el CNO tendría exclusivamente funciones de cuerpo asesor. No obstante, el Decreto 1274 del 29 de junio de 2001 derogó los dos decretos anteriores disponiendo que el CNO continuará ejerciendo las funciones previstas en los artículos 168, 169 y 172 de la Ley 142 de 1994 y en los artículos 28, 29 literal b), 34 y 36 de la ley 143 de 1994, todos referentes a las funciones señaladas, de manera que el CNO nunca ha dejado de ejercerlas.

- b) La posibilidad de que agentes privados participen en los negocios de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.
- c) La obligación de que las actividades del sector se rijan por los principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.
- d) La promoción de la libre competencia.
- e) Cambios en la naturaleza jurídica de las empresas y en sus regímenes contractual y laboral.
- f) Separación de las actividades del sector (sólo aquellas empresas que estaban integradas verticalmente al momento de la expedición de estas normas, es decir, que ejecutaban actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización al mismo tiempo, podrían continuar haciéndolo), permitiendo que únicamente la actividad de comercialización pueda ser realizada a la vez por una empresa generadora o una distribuidora o directamente por una empresa comercializadora independiente.
- g) Separación de las actividades de transmisión y generación que realizaba ISA, conformando con estos últimos activos una nueva empresa: ISAGEN.

- h) Establecimiento de transacciones de electricidad libres, a partir de las cuales se creó el Mercado de Energía Mayorista, que comenzó a funcionar el 20 de julio de 1995.

2.2 LA CADENA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

La prestación del servicio de energía eléctrica al usuario final requiere cuatro actividades, que son, como las clasifica el marco regulatorio del sector eléctrico:

2.2.1 Generación

Actividad consistente en la producción de energía eléctrica mediante una planta hidráulica o una unidad térmica conectada al Sistema Interconectado Nacional, bien sea que se desarrolle esa actividad en forma exclusiva o combinada con otra u otras actividades del sector eléctrico, diferente a transmisión o distribución, cualquiera de ellas sea la actividad principal. Significa esto que sólo puede desarrollarse en forma combinada con la actividad de comercialización.

2.2.2 Transmisión

Actividad consistente en el transporte de energía eléctrica a través del conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV, o a través de redes regionales o interregionales de transmisión a tensiones inferiores³³.

2.2.3 Distribución

Actividad de transportar energía eléctrica a través de un conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV que no pertenecen a un sistema de transmisión regional por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o local³⁴.

³³ Esta definición fue tomada textualmente del artículo “*Una Visión del Mercado Eléctrico Colombiano*”, concretamente de su punto 3.2 titulado “*Descripción de la organización del mercado*”. Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-. Bogotá, Julio del 2004. Esta definición es coherente con la definición que de Sistema de Transmisión Nacional y Sistema de Transmisión Regional da la Resolución CREG-103 de 18 de diciembre de 2000 y 022 del 20 de febrero de 2001, al igual que otras resoluciones de la CREG.

³⁴ Esta definición fue tomada textualmente del artículo “*Una Visión del Mercado Eléctrico Colombiano*”, concretamente de su punto 3.2 titulado “*Descripción de la organización del mercado*”. Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-. Bogotá, Julio del 2004. Esta definición es coherente con la definición que de

2.2.4 Comercialización

Actividad consistente en la compra de energía eléctrica en el mercado mayorista³⁵ y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales, regulados o no regulados, bien sea que se desarrolle esa actividad en forma exclusiva o combinada con otra u otras actividades del sector eléctrico, diferente de transmisión, cualquiera de ellas sea la actividad principal.

Como se observa en las anteriores definiciones, de acuerdo con las características de cada una de las actividades o negocios, el lineamiento general del marco regulatorio, establece las directrices para incentivar la libre competencia en los negocios de generación y comercialización de electricidad y, reconoce la transmisión y la distribución como monopolios. En estas dos últimas actividades, no existen transacciones previas entre los agentes, sino el libre acceso a las redes de transmisión y distribución, aunque con pagos completamente definidos por el regulador -la CREG- y que se transmiten hasta ser pagados, finalmente, por los usuarios finales del sistema, convertidos en un costo por kWh. Sin embargo, hay costos que no se pueden trasladar a los usuarios finales, siendo asumidos por los agentes propietarios de las redes.

En cuanto a la separación de actividades y la integración vertical entre negocios, la Ley establece las siguientes reglas:

- Las ESP constituidas con anterioridad a la vigencia de las Leyes, que se encontraran integradas verticalmente, pueden continuar desarrollando simultáneamente más de una actividad, manejando en todo caso contabilidades separadas por tipo de negocio.
- Las ESP constituidas con posterioridad a la vigencia de las Leyes, pueden desarrollar simultáneamente actividades consideradas complementarias: Generación-Comercialización o Distribución-Comercialización (artículo 74 de la Ley 143 de 1994). Se consideran excluyentes las siguientes actividades: Generación-Transmisión, Generación-Distribución, Transmisión-Distribución y Transmisión-Comercialización. Fue a estas empresas a las que me referí en las definiciones.

Sistema de Distribución Local da la Resolución CREG-103 de 18 de diciembre de 2000 y 022 del 20 de febrero de 2001, al igual que otras resoluciones de la CREG.

³⁵ Las resoluciones de la CREG que definen la actividad de “comercialización” de energía eléctrica afirman que ésta se desenvuelve en el mercado de energía mayorista. La definición actualizada de dicha actividad, se encuentra en la Resolución CREG-042 de 1999 y es básicamente la misma definición que las traídas por resoluciones anteriores. La autora del presente trabajo de grado prefiere referirse con esa definición al concepto de “comercialización mayorista” y no al simple término de “comercialización”, pues también existe un mercado minorista de electricidad.

- Las ESP constituidas con posterioridad a la vigencia de las Leyes y cuya actividad fuera la Transmisión de energía eléctrica, no pueden desarrollar actividades diferentes a ésta. Esta regla se aplicó explícitamente a ISA, constituida con anterioridad a la vigencia de las Leyes, pero escindida por mandato legal, con posterioridad a esa fecha.

Además, la CREG, en desarrollo de sus funciones, ha reglamentado los límites permisibles para la integración vertical y horizontal entre negocios, tanto para las empresas nuevas como para las existentes (Resoluciones CREG-128 de 1996, 065 de 1998, 004 y 042 de 1999, y 001 de 2006).

Por otro lado, debido a la separación de mercados entre Usuarios Regulados y No Regulados, las empresas comercializadoras tienen varios campos de acción, ya que pueden: 1) Comercializar energía con destino al mercado regulado; 2) Comercializar energía exclusivamente en el mercado no regulado ó; 3) Optar por ofrecer el servicio de intermediación en ambos mercados.

En todo caso, la cadena de costos implícita en la prestación del servicio de energía eléctrica a un usuario final, sea éste regulado o no regulado, es siempre la siguiente: Generación + Transmisión + Distribución + Comercialización + Otros Costos. En este sentido, el negocio de Comercialización en Colombia es básicamente la prestación de un servicio de intermediación, entre los usuarios finales de energía y los agentes que generan, transmiten y distribuyen electricidad. Pero, aunque los componentes de la cadena de costos de prestación del servicio para la atención de usuarios en los dos mercados son idénticos, el manejo que puede aplicar el comercializador a cada uno de los componentes es diferente, dependiendo del mercado en el cual actúe.

2.3 LOS USUARIOS

Son personas naturales o jurídicas. De acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley de SPD, tienen derecho a elegir el comercializador que deseen. Los usuarios pueden ser:

2.3.1 Regulados

Además de estar sujetos a un contrato de condiciones uniformes, las tarifas son establecidas por la CREG mediante una fórmula tarifaria general. Son los pequeños consumidores. Una parte de sus tarifas reguladas depende, por un lado, del comportamiento del precio de bolsa, y por otro lado, de los precios a los cuales su comercializador realice las transacciones en el MEM para atenderlo.

Las normas más relevantes sobre Usuarios Regulados se establecieron en las Resoluciones CREG-031 y 079 de 1997 (Fórmulas Tarifarias).

2.3.2 No Regulados

Un Usuario No Regulado es un consumidor con una demanda máxima superior a un valor en MW o a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la CREG, por instalación legalizada, a partir de la cual no utiliza redes públicas de transporte de energía eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en predios contiguos. Por esto se les conoce como grandes consumidores, quienes, a pesar de esto no pueden acceder directamente al MEM, pues para ello tendrían que constituirse en ESP. No obstante, pueden beneficiarse de la competencia entre los comercializadores del MEM. A este usuario se le llama No Regulado precisamente porque gracias a superar un nivel límite de consumo, puede celebrar, con el comercializador que desee, un contrato de energía a largo plazo en el que las condiciones, entre éstas el precio (tarifa de suministro de electricidad), no están reguladas por la CREG, sino que se pactan libremente.

Existe un requisito adicional para ser Usuario No Regulado: instalar un equipo de telemedida que cumpla con el Código de Medida, de modo que permita registrar y reportar los consumos hora a hora.

La demanda que estos usuarios representan se ha venido incrementando paulatinamente en el tiempo, llegando a representar en la actualidad alrededor del 33% de la demanda total del sistema.

Las normas vigentes más relevantes sobre Usuarios No Regulados, están contenidas en la Resolución CREG-199 de 1997.

La clasificación anterior se traduce en la clasificación de mercado regulado y mercado no regulado o libre. La Ley fijó inicialmente como lindero entre los dos mercados, es decir, como límite para que un usuario pudiera optar por la categoría de No Regulado, la exigencia de un consumo mínimo individual de 2 MW-Mes. Así mismo la Ley otorgó a la CREG la facultad de ir reduciendo gradualmente dicho límite, hasta donde se encontrara adecuado. A partir de 1998 se introdujeron los límites en energía además de los de potencia. El límite vigente en la actualidad es de 0.1 MW-Mes medido en Potencia, o su equivalente en consumo de Energía (55 MWh-Mes), entendido en ambos casos como una demanda promedio mensual durante los últimos 6 meses.

Si un Usuario Regulado posee las condiciones para ser No Regulado mantendrá dicho status hasta que en forma expresa indique que quiere dejar de serlo.

Adicionalmente, si un Usuario Regulado cree que en el futuro va a aumentar su demanda, de tal manera que cumpla con los límites, puede suscribir un contrato en condiciones de No Regulado con un Comercializador. Al finalizar los 6 meses iniciales del contrato se debe verificar que la demanda realmente si cumple con los límites. De no ser así, se dará lugar a una cancelación del contrato y a la refacturación del consumo utilizando las tarifas reguladas a favor del Comercializador del mercado donde se localiza el usuario.

Lo anterior también es aplicable a usuarios nuevos, que estimen que su demanda será tal que pueden ser considerados como Usuarios No Regulados.

2.4 TRANSACCIONES DE ELECTRICIDAD

Las transacciones entre los agentes del mercado de energía eléctrica, se pueden llevar a cabo en cualquiera de los siguientes mercados, según el caso:

2.4.1 Mercado Minorista o Regulado

Es el mercado en el que participan los usuarios regulados y quienes los proveen de electricidad;

2.4.2 Mercado Libre o No Regulado

Es aquel en el que participan como compradores los grandes consumidores y como vendedores los comercializadores de electricidad o;

2.4.3 Mercado Mayorista

Sobre éste, trata el capítulo siguiente.

Tanto en el mercado libre como en el mercado mayorista, se habla de transacciones mayoristas de electricidad.

3. EL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA (MEM)

3.1 ORIGEN

Debido a la interconexión del sistema eléctrico colombiano, la energía generada por una planta puede ser consumida en cualquier parte del país que esté cubierta por esta interconexión. Esto permitió implementar el denominado Mercado de Energía Mayorista en el que se encuentra la Bolsa de Energía, un mercado que supone una red de transmisión sin limitaciones.

El Mercado de Energía Mayorista fue primero mencionado por el parágrafo 1 del artículo 167 de la Ley 142 de 1994, y luego definido y creado por el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, pero vino a entrar en funcionamiento el 20 de julio de 1995.

3.2 DEFINICIÓN

Es el conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, para realizar contratos de energía a largo plazo -contratos bilaterales de compra garantizada de energía- y en Bolsa sobre cantidades y precios definidos -contratos a corto plazo-, sujetos al reglamento de operación y demás normas aplicables.

3.3 AGENTES DEL MEM ³⁶

Son personas naturales o jurídicas. De acuerdo con la forma de participación de los agentes en el mercado de energía mayorista, estos podrían clasificarse en:

3.3.1 Agentes Activos

Se llaman así por cuanto participan en el MEM, realizando compraventas de energía. Son los generadores y los comercializadores.

³⁶ Artículo 5 de la Resolución CREG-024 de 1995.

3.3.1.1 Generadores

Son quienes producen la energía. No todos participan en el MEM. La regulación de la CREG distingue entre los siguientes tipos de generadores:

Los generadores que posean plantas o unidades de sus centrales de generación, conectadas al SIN, con una capacidad efectiva total en la central, igual o superior a 20 MW están obligados a participar en el MEM, ofertando para el despacho central³⁷; los que posean plantas menores o unidades de generación conectadas al SIN con capacidad mayor o igual a 10 MW y menor a 20 MW, pueden optar por participar en el MEM, es decir, eligen si participar en la oferta para el despacho central; y los que posean plantas menores o unidades de generación conectadas al SIN con capacidad menor a 10 MW, están excluidos de participar en dicho mercado³⁸.

Los autogeneradores, que son aquellos que producen energía eléctrica, exclusivamente para atender sus propias necesidades, solo pueden usar la red pública con el fin de obtener respaldo del SIN³⁹. Significa esto que no participan en el MEM.

Los cogeneradores son los que producen energía utilizando un proceso de cogeneración, es decir, aquel proceso de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica, que hace parte integrante de una actividad productiva, destinadas ambas al consumo propio o de terceros y a procesos industriales o comerciales⁴⁰. Pueden vender sus excedentes y atender sus necesidades en el MEM, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la CREG en el artículo 8 de la Resolución CREG-085 de 1996 y en el artículo 8 de la Resolución 039 de 2001.

3.3.1.2 Comercializadores

Son aquellos que realizan la actividad de comercialización, ellos representan la demanda de los usuarios en el mercado.

De acuerdo con la definición ya dada de “comercialización” y de “comercializador”, se entiende que los comercializadores están obligados a realizar las transacciones de compra de la energía eléctrica que requieran, en el MEM.

³⁷ Artículo 4 de la Resolución CREG-055 de 1994.

³⁸ Artículos 1 y 3 de la Resolución CREG-086 de 1996, artículo 1 de la Resolución CREG-032 de 2001 y artículo 1 de la Resolución CREG-039 de 2001.

³⁹ Artículo 1 de la Resolución CREG-084 de 1996.

⁴⁰ Artículo 1 de la Resolución CREG-085 de 1996.

3.3.2 Agentes pasivos: Transportadores

Se denominan de esta manera, ya que participan en el MEM sin realizar compraventas de energía. Son los transportadores, que a su vez pueden ser transmisores o distribuidores. Los transportadores son los que operan y transportan energía eléctrica en cualquiera de los siguientes sistemas⁴¹:

a) Sistema de transmisión nacional (STN): Es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas y subestaciones con sus equipos asociados, y transformadores con sus respectivos módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV⁴².

b) Sistema de transmisión regional (STR): En concordancia con el artículo 1 de la Resolución CREG-024 de 1995 y los artículos 1 de la Resolución CREG-008 de 2003 y 082 de 2002, el STR es el sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por los activos de conexión al STN⁴³, como las redes regionales e interregionales de transmisión, y el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan en el nivel de tensión 4 (mayor o igual a 57.5 kV y menor a 220 kV)⁴⁴ y que están conectados eléctricamente entre sí a este nivel de tensión, o que han sido definidos como tales por la Comisión. Un STR puede pertenecer a uno o más operadores de red”.

c) Sistema de distribución local (SDL): El artículo 1 de la Resolución CREG-024 de 1995 fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG-082 de 2002. De esta manera, puede decirse que el SDL es el sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por redes de distribución municipales o distritales; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o

⁴¹ Artículo 1 de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁴² Esta definición fue retomada literalmente del artículo 1 de la Resolución CREG-024 de 1995; del artículo 1 de la Resolución CREG-008 de 2003; y del artículo 1 de la Resolución CREG-082 del 17 de diciembre de 2002.

⁴³ El artículo 1 de la Resolución CREG-082 de 2002, establece: “**Activos de Conexión al STN.** Son los bienes que se requieren para que un generador, Operador de Red, usuario final, o varios de los anteriores, se conecten físicamente al Sistema de Transmisión Nacional. Cuando los Activos de Conexión sean utilizados para conectar un OR al STN, los mismos serán considerados en el cálculo de los cargos por uso de STR o SDL, en proporción a su utilización, frente a otros usuarios de los activos de conexión diferentes del OR. Los Activos de Conexión al STN, se remunerarán a través de contratos entre el propietario y los usuarios respectivos del activo de conexión”.

⁴⁴ El artículo 1 de la Resolución CREG-082 de 2002 advierte que: “**Niveles de Tensión.** Los sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local se clasifican por niveles, en función de la tensión nominal de operación, según la siguiente definición:

Nivel 4: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 57.5 kV y menor a 220 kV.

Nivel 3: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 30 kV y menor de 57.5 kV.

Nivel 2: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 1 kV y menor de 30 kV.

Nivel 1: Sistemas con tensión nominal menor a 1 kV”.

local, que operan a los niveles de tensión 3 (mayor o igual a 30 kV y menor de 57.5 kV), 2 (mayor o igual a 1 kV y menor de 30 kV) y 1 (menor a 1 kV) dedicados a la prestación del servicio en uno o varios mercados de comercialización.

A aquellos que operan y transportan energía eléctrica en el STN se les conoce como transmisores nacionales, quienes tienen a su favor los cargos por uso del STN, mediante los cuales se remuneran los activos de uso del STN, que son aquellos activos de transmisión de electricidad que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV⁴⁵; mientras que a los que operan y transportan energía eléctrica en los STR o en los SDL se les denomina operadores de red (OR), como los identifica el artículo 1 de la Resolución CREG-082 de 2002, acorde con el cual los activos del STR o del SDL pueden ser de propiedad de los operadores de red o de terceros. Esta norma define el operador de red del STR y SDL como la persona encargada de la planeación de la expansión, las inversiones, la operación y el mantenimiento de todo o parte de un STR o SDL; sostiene además, que son ellos quienes tienen a favor los cargos por uso del STR o del SDL aprobados por la CREG, mediante los cuales se remuneran, por un lado, los activos de uso de los STR y SDL, que son aquellos activos de transmisión de electricidad que operan a tensiones inferiores a 220 kV y se diferencian por nivel de tensión, y por otro lado, se remuneran los activos de conexión de los STR o SDL al STN, de los OR. Pero, la unidad mínima de un SDL para que un OR solicite cargos de uso corresponde a un mercado de comercialización, que es el conjunto de usuarios finales ubicados en un mismo municipio y conectados a un STR o SDL.

Entonces, los ingresos que perciben los transmisores nacionales provienen de los cargos por uso del STN; y los ingresos que reciben los transmisores regionales y distribuidores locales, u operadores de red, se originan en los cargos por uso y en los cargos por conexión. Todos estos cargos se cobran a los agentes que accedieron a la red de cada sistema.

Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. es el principal transportador en el STN, siendo propietaria de cerca del 75% de los activos de la red.

Los transmisores y operadores de red, deben permitir el libre acceso indiscriminado a las redes del STN y de los STR y SDL respectivamente, por parte de cualquier usuario, comercializador o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad establecidas en las disposiciones legales y en la regulación.

⁴⁵ Artículo 1 de la Resolución CREG-082 de 2002.

3.4 FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEL MEM

La administración del mercado de energía mayorista (MEM) se realiza a través del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) y del Liquidador y Administrador de Cuentas (LAC), y su operación a través del Centro Nacional de Despacho (CND), dependencias de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”. Así, las cosas, el funcionamiento del sistema del MEM tiene dos escenarios:

3.4.1 Escenario Operativo

Es ejecutado por el Centro Nacional de Despacho (CND), con base en el planeamiento energético de corto, mediano y largo plazo, cuyos objetivos fundamentales son la seguridad, calidad, confiabilidad y economía.

CND. Centro Nacional de Despacho. Dependencia de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del Sistema Interconectado Nacional (SIN)⁴⁶. Está igualmente encargado de preparar el despacho de generación y dar las instrucciones a los distintos agentes que participan en la operación del SIN para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al reglamento de operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación (CNO)⁴⁷.

3.4.2 Escenario Comercial

Es administrado por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) y por el Liquidador y Administrador de Cuentas (LAC), en la Gerencia del Mercado Mayorista en “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, en cumplimiento de las funciones asignadas por la Ley 143 de 1994 y la Resolución CREG-024 de 1995. Tiene como objetivo garantizar la calidad, oportunidad y efectividad del servicio.

⁴⁶ El artículo 11 de la Ley 143 de 1994, establece que el Sistema Interconectado Nacional “es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes de transmisión, las redes de distribución y las cargas eléctricas de los usuarios”.

⁴⁷ El Decreto 2023 del 15 de octubre de 1999, modificó las funciones del CNO, disponiendo que a partir del 1 de enero de 2001, éste dejará de cumplir las funciones de expedir acuerdos sobre los aspectos técnicos para garantizar que la operación conjunta del sistema interconectado nacional sea segura, confiable y económica, y la de ser órgano ejecutor del Reglamento de Operación, para tener exclusivamente funciones de cuerpo asesor, de modo que cuando sea consultada su opinión para la expedición de normas, se deberá pronunciar dentro de los 30 días calendario siguientes a la recepción de la consulta.

ASIC. Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales. Dependencia de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, encargada del registro de fronteras comerciales y de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía transados en la Bolsa por generadores y comercializadores; del mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC), de acuerdo con la regulación vigente⁴⁸.

LAC. Liquidador y Administrador de Cuentas del Sistema de Transmisión Nacional y de los Sistemas de Transmisión Regional. Dependencia de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, que participa en la administración del MEM encargada del procesamiento de información para administrar, liquidar y facturar los cargos por uso de las redes del Sistema de Transmisión Nacional (STN) y de los Sistemas de Transmisión Regional (STR), hacer la gestión cartera y la transferencia de los dineros recaudados, todo esto de acuerdo con la regulación vigente.

3.5 INSTRUMENTOS TRANSACCIONALES EN EL MEM

En el mercado mayorista de electricidad, y más específicamente en su escenario comercial, pueden darse transacciones de energía eléctrica mediante:

3.5.1 Contratos Bilaterales de compra garantizada de energía

Son los denominados “contratos de energía a largo plazo”. Se conoce también como “mercado de contratos a término” o “mercado de largo plazo”.

Son acuerdos comerciales que se celebran entre generadores y comercializadores, o entre generadores o entre comercializadores, con la finalidad de atender parcial o totalmente los compromisos comerciales del agente comprador que participa en el MEM, como la demanda del comercializador o sus procesos de intermediación comercial, o para el cubrimiento del riesgo de los generadores y comercializadores en sus contratos o en su gestión.

El respaldo de estos agentes del MEM para cubrir sus compromisos contractuales es la adquisición de energía en el mercado “spot” (Bolsa de energía) o, como ya

⁴⁸ Artículo 1 de la Resolución CREG-006 de 2003 y 092 de 2004.

se mencionó, mediante cubrimiento de riesgo con otros agentes del MEM, o lo que es lo mismo, celebrando otros contratos con otros agentes del MEM.

No existe restricción sobre el término del contrato ni sobre las cantidades, es decir, sobre la capacidad que un agente generador o comercializador puede comprometer en estos contratos. Significa esto que es decisión de los agentes comercializadores y generadores su grado de exposición a la bolsa.

Los contratos bilaterales en los que un comercializador es comprador, pueden ser con destino a usuarios regulados o no regulados, con la siguiente distinción:

- a) Las compras de energía efectuadas por comercializadores con destino a Usuarios Regulados, mediante la suscripción de contratos bilaterales, se rigen por las disposiciones establecidas en la regulación, específicamente en la Resolución CREG-020 de 1996, las cuales garantizan la competencia en este tipo de transacción. El artículo 4 de esta resolución, cuyo inciso segundo fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG-021 de 1996, quedó así:

" ARTICULO 4o. Condiciones para la compra de energía con destino al mercado regulado. Las empresas comercializadoras y distribuidoras -comercializadoras, realicen o no una de tales actividades en forma combinada con la de generación, cualquiera de ellas sea la actividad principal, deberán realizar todas las compras de electricidad destinadas a cubrir la demanda de su mercado regulado, **mediante procedimientos que aseguren la libre competencia de oferentes.**

Con el propósito de hacer efectiva la competencia para la energía eléctrica que no se compre a través de la bolsa, las empresas comercializadoras y distribuidoras-comercializadoras deberán **solicitar** y dar oportunidad, en igualdad de condiciones, a las empresas comercializadoras y generadoras actuales y a otros agentes interesados en desarrollar nuevos proyectos de generación, para que **presenten ofertas**, las cuales deberán ser **evaluadas con base en el precio**". (la negrilla es extratexto)

Significa lo anterior que antes de que una empresa comercializadora decida celebrar un contrato de energía a largo plazo destinado a satisfacer la demanda del mercado regulado, deberá realizar una convocatoria pública en la que podrán participar generadores y comercializadores, cuyas ofertas serán evaluadas con base en el precio, es decir, se preferirán las ofertas con menor precio.

Posteriormente, el artículo 5 de la misma resolución establece cuáles son los requisitos que debe cumplir la solicitud de ofertas de venta o suministro de electricidad, destinadas a cubrir el mercado regulado, para garantizar la competencia en este mercado.

- b) Las compras de energía efectuadas por comercializadores con destino a Usuarios No Regulados, mediante la suscripción de contratos bilaterales, no están reguladas y se negocian a precios y condiciones pactadas libremente. Lo mismo sucede en aquellos casos excluidos del literal a), como es el de la compra de energía entre generadores, o aquel en que un generador le compra a un comercializador.

De acuerdo con la Resolución CREG-006 de 2003, que en su artículo 14 derogó expresamente la Resolución CREG-047 de 2000, estos contratos deben registrarse ante el ASIC, para que los agentes involucrados en el contrato puedan participar en las liquidaciones de las transacciones comerciales del mercado mayorista. La solicitud de su registro debe presentarse ante el mismo con por lo menos 5 días hábiles de anticipación a la fecha en la cual el contrato entra en operación comercial que es la misma fecha de registro o fecha de culminación del proceso de registro y la fecha a partir de la cual se considera que el ASIC incluye el contrato en la liquidación de las transacciones del mercado mayorista. Una vez registrado el contrato, para cualquier modificación que altere la liquidación del mismo deberá hacerse una nueva solicitud de registro.

Para que el registro sea procedente y el contrato pueda liquidarse en la Bolsa de Energía, el contrato debe contener:

- a) Identidad de las partes: Debe establecerse el nombre del vendedor y del comprador con su respectiva actividad (generación o comercialización). Aunque lo común es que el comprador sea un comercializador y el vendedor un generador, puede suceder que el comprador sea un generador y el vendedor un comercializador, o que ambos sean generadores o ambos comercializadores.
- b) Mercado que atiende: Hacia qué tipo de mercado está dirigida la energía objeto de esta contratación.
- c) Vigencia: Período durante el cual tendrá vigencia el contrato, es decir, fecha inicial y final de suministro.
- d) Objeto de la contratación: Obligación de las partes y tipo del contrato, especificando claramente las cantidades y precios respectivos hora a hora durante su vigencia, o las reglas y procedimientos necesarios para determinar hora a hora, durante su vigencia, las cantidades de energía exigibles y el precio respectivo.
- e) Cantidades y precios a nivel horario: En caso de que estas variables dependan de reglas para su determinación, éstas deben ser consistentes con los procedimientos normales de liquidación ejecutados por el SIC.
- f) Firma y fecha: El contrato debe estar debidamente firmado por los representantes legales de cada empresa con su fecha respectiva.

En cuanto a la terminación de los contratos a largo plazo, el artículo 18 de la Resolución CREG-024 de 1995, afirma:

“En caso de terminación de un contrato, es obligación de las partes involucradas informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la CREG para que defina las acciones correspondientes”.

Dentro de las modalidades de contratos bilaterales de compra garantizada de energía, se encuentran:

3.5.1.1 Las modalidades genéricas, básicas o tradicionales, y que atienden a las cantidades pactadas

- a) **Pague lo contratado:** Tipo de contrato en el que el comercializador se compromete a pagar toda la energía contratada, independiente de que esta sea consumida o no.

En este tipo contractual, la ventaja para el comprador es que asegura precios respecto de la cantidad de energía contratada y en cuanto a esta cantidad no se expone a la Bolsa (no tiene que ir a comprar en la Bolsa esta cantidad), estabilizando sus flujos de egresos. Paralelamente, la desventaja para el comprador es que tiene que correr el riesgo de exposición a la Bolsa por cambios en la demanda, de tal modo que: Si el consumo es mayor que la energía contratada, la diferencia se paga al precio de bolsa correspondiente según se trate de transacciones domésticas o internacionales. Así, en este caso, la energía que le quedó faltando al comercializador -porque no fue suficiente la energía contratada mediante el contrato de tipo pague lo contratado- para satisfacer el consumo de los usuarios, es comprada por él en la Bolsa de Energía. Si el consumo es menor que la energía contratada, este excedente se le paga al comercializador al precio de bolsa correspondiente según se trate de transacciones domésticas o internacionales. En este caso entonces, el comercializador vende la energía que le sobró -porque los usuarios no consumieron toda la energía contratada por el comercializador mediante el contrato de tipo pague lo contratado- en la Bolsa de Energía. Y puede suceder que el precio que reciba por esta energía sea menor que el precio que pagó por ella en el contrato.

En cuanto al vendedor, la ventaja es que asegura precios respecto de la cantidad de energía contratada y en cuanto a esta cantidad no se expone a la Bolsa (no tiene que ir a vender a la Bolsa esta cantidad), estabilizando sus flujos de ingresos. Sin embargo, su desventaja es que al estar el vendedor obligado a entregar la cantidad de energía contratada, si no la tiene deberá comprarla en la Bolsa de Energía, es decir, el vendedor debe asumir el riesgo de exposición a la Bolsa si no tiene respaldo.

- b) **Pague lo contratado-condicional:** Tipo de contrato que en caso de ser despachado tiene el tratamiento que se le da a un contrato tipo “pague lo contratado”. Este contrato solo se despacha si, con base en el precio (orden de méritos), se requiere total o parcialmente para atender la demanda del comercializador. Así, en caso de ser despachado parcialmente porque el consumo es menor que la energía contratada, este excedente se le paga al comercializador al precio de bolsa correspondiente según se trate de transacciones domésticas o internacionales.
- c) **Pague lo demandado o lo consumido:** Tipo de contrato en el que el agente comprador solamente paga (a precio de contrato) su consumo. En caso de que se establezca un tope máximo contratado, si el consumo es superior, la diferencia se liquida al precio de bolsa correspondiente, según se trate de transacciones domésticas o internacionales. Esta modalidad contractual da al comprador la ventaja de garantizarle que nunca tendrá excedentes en Bolsa, es decir, nunca le va a sobrar energía para ir a vender en la Bolsa, porque él compra solamente la cantidad de energía que consumen sus usuarios; y su desventaja es que suele tener precios más altos que los contratos “pague lo contratado”. Mientras que para el vendedor, la ventaja es poder lograr condiciones comerciales más favorables; y la desventaja es que al estar obligado a entregar la energía consumida al comprador, está expuesto a la volatilidad de la demanda del comprador.

A estos tipos contractuales también se les llama tipo de despacho, pues de acuerdo a la modalidad se van realizando los despachos, proceso que se conoce como asignación de contratos.

3.5.1.2 Las modalidades nuevas o derivadas

Las condiciones de contratación de algunas de las nuevas modalidades son asimilables a las existentes en los mercados de derivados financieros, tales como contratos de Opciones, contratos de Futuros, Forwards y Swaps. Desde 1998, la mayoría de la energía negociada cada año, se ha contratado mediante las nuevas modalidades. Hasta el momento, la CREG no ha regulado estos contratos. Sin embargo, a través de la Resolución 031 del 26 de abril de 2005, ordenó hacer público un proyecto de resolución de carácter general que pretende adoptar, y por

la cual se adoptan disposiciones sobre el funcionamiento del mercado de Opciones y Futuros como parte del mercado de energía mayorista.

3.5.2 Contratos (transacciones directas) en la Bolsa de Energía (“Pool de generadores”)

La Bolsa de Energía, que es en esencia el alma del Mercado Mayorista de Energía, empezó a funcionar el 20 de julio de 1995. Se conoce también como “mercado de corto plazo” (menor de 1 día) o “mercado spot”. Allí se celebran los denominados “contratos de energía a corto plazo”, entre generadores y comercializadores o entre generadores o entre comercializadores, a través del ASIC, para la enajenación hora a hora de energía, a cantidades y precios determinados según el libre juego de la oferta y la demanda, y de acuerdo a las reglas comerciales definidas en el reglamento de operación.

Los generadores que participan en el Mercado Mayorista de Electricidad deben presentar diariamente ofertas de precio y disponibilidad de energía por planta y/o unidad de generación, al Centro Nacional de Despacho⁴⁹ (CND) para el despacho horario, los cuales deben reflejar los costos variables de generación en los que se espera incurrir, teniendo en cuenta la Resolución CREG-055 de 1999. El ASIC y quien representa a la demanda (que en este caso es completamente pasiva frente al precio), recibe las propuestas y las ordena por orden de mérito hasta completar la demanda y determinar el precio marginal de energía para cada hora, es decir, la Bolsa ordena los precios empezando por los más bajos hasta satisfacer la demanda. El precio marginal lo determina el último recurso ofertado que se requiere para atender la demanda real del sistema en cada hora. Este precio marginal es el precio único de liquidación para todas las plantas con valores inferiores, y es pagado a cada generador que sea despachado horariamente durante el día.

Significa lo anterior que la Bolsa de Energía Eléctrica sólo es dinámica desde el punto de vista de la oferta, es decir, de los generadores de energía, pues el lado de la demanda no participa directamente en la Bolsa. Ellos hacen sus ofertas para el día siguiente, indicando el precio unitario y la cantidad que estén dispuestos a vender.

La Bolsa se orienta a minimizar el costo del despacho, lo cual puede no coincidir con la maximización del bienestar de todos los agentes participantes.

La liquidación de las obligaciones y acreencias financieras de los participantes en la Bolsa es realizada por una dependencia denominada Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), siendo relevante sobre este tema, las

⁴⁹ El CND es el operador central del Sistema Interconectado Nacional.

disposiciones establecidas en las Resoluciones CREG-024 de 1995, CREG-116 de 1998 y CREG-070 de 1999 y CREG-066 de 2000.

La volatilidad de los precios en la Bolsa de Energía en Colombia, se explica en gran parte por el alto componente hidráulico de los recursos de generación del país y el efecto de la estacionalidad climática en la disponibilidad de estos recursos (7 meses de Invierno y 5 meses de Verano).

La generación de energía eléctrica en Colombia es hidráulica en un alto porcentaje. Por existe tanta vulnerabilidad en los veranos. En cambio, si aumentan las lluvias, aumentan los caudales y por lo tanto suben los niveles de las represas, de modo que se tendrá más agua para convertir en energía eléctrica. No obstante, la oferta de cada generador hidráulico no sólo dependerá de la hidrología, sino también de una suma de factores determinísticos, de la capacidad de almacenamiento de agua, de sus existencias actuales, su tecnología, su eficiencia administrativa, etc.

Así, las fluctuaciones del precio de bolsa expresan el efecto resultante de un cúmulo de causas, algunas de ellas aleatorias, relativas a la hidrología, y otras que tienen que ver con factores determinísticos y con el proceso de toma de decisiones por parte de los generadores.

Las fluctuaciones de caudales se reflejará en las fluctuaciones bursátiles: en verano los precios tenderá a ser altos y en invierno los precios tenderán a la baja. El conocimiento de estos precios de verano e invierno es básico para los agentes económicos, como quiera que la energía puede negociarse por medio de contratos a corto y a largo plazo.

Habrà, por un lado, generadores que acojan la política de vender lo más que puedan y, por otro lado, generadores que especulen sobre los precios bursátiles (política inteligente, que es legal), con la finalidad de obtener mayores ganancias, aunque corriendo un riesgo.

4. EL CONTRATO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA

4.1 OBSERVACIÓN

En general, se habla de un contrato celebrado entre “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” y cada uno de los agentes del MEM, que son los generadores, los comercializadores y los transportadores. Sin embargo, uno es el contrato que celebra cada uno de los generadores y de los comercializadores, con “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, en su calidad de ASIC; y otro es el contrato que celebra cada uno de los transportadores con la misma empresa, en su calidad de LAC.

Ambos contratos, como se verá, son del mismo tipo, su objeto es bastante similar, reciben la misma clasificación, y son susceptibles de comentarios, observaciones y críticas comunes. Por esto, cuando se alude al contrato celebrado entre “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” y cada uno de los agentes del MEM, se está haciendo referencia, simultáneamente, a ambos contratos.

4.2 TIPO DE CONTRATO Y LAS PARTES

Se trata de un contrato de mandato mercantil con representación. Por un lado, se encuentra el contrato de mandato con representación que celebra cada uno de los generadores y comercializadores, ocupando la posición de mandante, con “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC, quien se ubica en la posición de mandatario. Por otro lado, está el contrato de mandato con representación que celebra cada uno de los agentes transmisores nacionales y operadores de red, en posición de mandante, con “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, en calidad de LAC, quien actúa como mandatario.

4.2.1 Es un contrato de mandato

Es un contrato de mandato más que porque así se exprese en cada uno de los contratos celebrados entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, porque así lo afirma la CREG mediante diversas disposiciones de sus resoluciones, como lo son el literal d) del artículo 11, el artículo 16, el inciso 1º del numeral 2 del Anexo B, el último inciso del numeral 2.3.4 del Anexo B, de la Resolución CREG-024 de 1995,

el artículo 1, el artículo 3, el literal c) del artículo 23, de la Resolución CREG-008 de 2003.

4.2.2 Es un contrato de mandato “mercantil”

Es mercantil y no civil porque las partes son comerciantes, y los comerciantes y los asuntos mercantiles en los que éstos se ven involucrados -en este caso, asuntos relacionados con el mercado de energía mayorista-, según el artículo 1 del Código de Comercio, se rigen por éste.

De conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio, las partes de este contrato son comerciantes porque cada una de ellas se dedica profesionalmente a alguna de las actividades que el artículo 20 del mismo Código considera como mercantiles. Los comercializadores se dedican a adquirir energía en el MEM a título oneroso para enajenarla a los usuarios finales, actividad que se enmarca en el numeral 1 de la norma citada. Los transmisores nacionales y operadores de red, se dedican al transporte de la energía a título oneroso, lo cual encuadra dentro del numeral 11 de la misma norma. Los generadores se dedican a la generación de energía eléctrica, actividad que se enmarca en el numeral 16 de la misma disposición. Y “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC y de LAC, es comerciante, ya sea porque se considere que se dedica a operaciones de bolsa o a la administración del mercado de energía eléctrica, actividades que encuadran dentro de los numerales 7 y 17, íbidem respectivamente⁵⁰.

4.2.3 ¿Cumple este contrato de mandato con los elementos esenciales que según el Código de Comercio tiene el contrato de mandato?

El artículo 1262 del Código de Comercio define el mandato comercial de la siguiente manera:

Art. 1262.- El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

⁵⁰ “Art. 20.-Son mercantiles para todos los efectos legales:

La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

(...)

7. Las operaciones..., de bolsas,...

(...)

11. Las empresas de transporte de...cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizado;

(...)

16. Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

17. Las empresasy las de...administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

(...)”.

El mandato puede conllevar o no la representación.

Conferida la representación, se aplicarán además las normas del capítulo II del título I de este libro. (lo subrayado es extratexto).

Al respecto se hacen los siguientes interrogantes:

- ¿Es el denominado “contrato de mandato” celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, un contrato? A este interrogante se hará alusión al catalogar de contrato forzoso heterodoxo dicho contrato.
- ¿Las actividades que ejerce el ASIC y el LAC, en cumplimiento del llamado “contrato de mandato”, son actos de comercio?
- La respuesta es positiva, considerándolo así sin titubear, porque el ASIC y el LAC son dependencias de “XM S.A. E.S.P.”, es decir, de una sociedad comercial, y acorde con el numeral 19 del artículo 20 del Código de Comercio, los actos regulados por la ley mercantil son mercantiles para todos los efectos legales, y la ley mercantil regula los actos de las sociedades comerciales. Sin embargo, también podrá justificarse, de conformidad con el numeral 17 del artículo 20 ídem, que se trata de actos de comercio, por ser “XM S.A. E.S.P.” una empresa que se dedica a la administración de bienes. Otros dirán, acorde con el numeral 7 del mismo artículo, que se trata de actos de comercio por consistir en operaciones de bolsa. En todo caso, se trata de actos de comercio.

Adicionalmente, el contrato de mandato comercial se caracteriza por:

- Implicar no sólo los actos jurídicos encomendados sino todos aquellos necesarios para su cumplimiento (artículo 1263 del Código de Comercio). Esto se analizará en el tema de las obligaciones del mandatario.
- Ser necesariamente remunerado (artículo 1264 del Código de Comercio). Como se verá en el tema de la clasificación del contrato de mandato objeto de este trabajo, éste es siempre remunerado.

4.2.4 Es un contrato de mandato mercantil “con representación”

Cuando un contrato es de mandato significa que el mandatario tiene la obligación de actuar por cuenta y riesgo del mandante, mientras que cuando es además con representación, significa que el mandatario (representante) tiene la obligación de obrar, además, en nombre del mandante (representado), como si éste fuera el que estuviese actuando. En cuanto al contrato de mandato con representación celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, debe entenderse que

más que una obligación, es un hecho, es decir, “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC y LAC, siempre actúa “por cuenta y riesgo” y “en nombre de” los agentes del MEM, pues así lo dispuso la regulación de la CREG. A esto se atenderá al analizar el segundo de los requisitos de la representación respecto de aquel contrato.

Tradicionalmente, se ha dicho que para que la representación produzca sus efectos, se requiere, adaptado al contrato de mandato mercantil:

a) La intervención o actuación personal del representante en la celebración y/o ejecución del acto de comercio.

b) La intervención del representante en nombre del representado: Es necesario que al momento de celebrar y/o ejecutar el acto de comercio, la representación sea dada a conocer, que el mandatario informe que obra por cuenta de su representado, es decir, que de a conocer su calidad de mandatario, que efectivamente obre en nombre del representado, de modo que el tercero sepa que establecerá una relación jurídica con el representado y no con el representante, pues de lo contrario no se produce la representación con todos sus efectos, no se vincula al representado en el respectivo negocio frente al tercero, independientemente de las acciones derivadas de la relación interna existente entre representante y representado.

c) Actuación del representante con poder de representación, y dentro de los límites de éste: Es el poder o facultad suficiente que tiene una persona de actuar en nombre de otra, de que sus actuaciones produzcan efectos sobre la segunda como si ésta fuese la que hubiese actuado directamente. Ese poder puede tener su fuente en la ley (representación legal) o en una manifestación unilateral de voluntad, a través de la procuración, o lo que es lo mismo, acto de apoderamiento (representación voluntaria⁵¹).

Al analizar estos requisitos respecto del contrato de mandato con representación celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, se encuentra que:

a) El primer requisito se cumple sin ningún inconveniente, pues “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o LAC, según el caso, realiza personalmente los actos a él encomendados, objeto del contrato de mandato.

b) En cuanto al segundo requisito, se cree por quien escribe, que no es necesario que cada que “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o LAC, según el caso, realice los actos a él encomendados, en desarrollo de los diferentes contratos de mandato, diga que actúa en calidad de mandatario o exprese otra de las

⁵¹ El artículo 832 del Código de Comercio, establece: “Habrá representación voluntaria cuando una persona faculte a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos”.

afirmaciones que remplace a ésta -como: “en nombre de”, o, “en representación de”, o, “por cuenta y riesgo de”, etc.-, pues dicha calidad ya era conocida con anterioridad por el considerado tercero en relación con el contrato de mandato respectivo. Esto, porque todo tercero es agente del MEM, y por conocimiento de la regulación de la CREG, todo agente del MEM sabe que “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC y el LAC, administra el MEM y que para participar en éste, cada agente tuvo que haber celebrado un contrato de mandato con representación, con esa empresa, cuyo contenido es regulado por la CREG en sus diferentes resoluciones que componen lo que se conoce como reglamento de operación. De esta manera, cada agente -considerado para estos efectos como tercero frente al contrato de mandato- es conciente de que las actividades que frente a él desarrolla “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC o LAC, según el caso, son en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con otros agentes del MEM y en nombre de éstos, porque ello es dado a conocer por la regulación de la CREG.

c) En lo que se refiere al tercer requisito, hay que decir lo siguiente:

Dentro de las cláusulas de cada uno de los contratos de mandato celebrados entre “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o el LAC, según el caso, y cada uno de los agentes del MEM, se encuentra la exigencia al mandatario de actuar en nombre del mandante. Esto puede hacer pensar que la representación en este caso es voluntaria, es decir, que tiene su fuente en la manifestación unilateral de voluntad del agente mandante. Pero, no es así. La CREG impone dicha representación, de manera expresa, utilizando palabras como “por cuenta y orden de” y “a nombre de”, o simplemente cuando dice que el ASIC o el LAC “actúa en la ejecución de los contratos por el mandato dado por”. Como la representación en este caso fue impuesta por la CREG, se trata de un elemento de la esencia del contrato de mandato que celebran los agentes del MEM con “XM S.A. E.S.P.”, razón por la cual, si alguno de dichos contratos no diera cuenta de la representación, seguiría tratándose de un contrato de mandato “con representación”, pues las partes no pueden disponer de los elementos esenciales del contrato. Se discute entonces cuál es la fuente de la representación en este caso. Luego, se pregunta: ¿Acaso la fuente de la representación en este caso es la ley, específicamente las leyes 142 y 143 de 1994, ya que fueron éstas las que autorizaron a la CREG para regular el funcionamiento del mercado de energía mayorista, y en ejercicio de esta potestad, la CREG eligió la figura del contrato de mandato con representación regulada por la ley mercantil (Código de Comercio), para imponer su celebración a los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.”?, ó, ¿La fuente de la representación en este caso es el acto administrativo de la CREG, pues es éste el que impone la representación en el contrato en referencia, es decir, es éste y no la ley ni las partes, la que dice que se trata de un contrato de mandato “con representación”?, ó, ¿Habría que afirmar que la fuente directa de la representación en este caso es el acto administrativo de la CREG y la fuente indirecta sería la ley que da aquella autorización a la CREG? Admitir que la fuente de la representación en este caso

es el acto administrativo de la CREG sería modificar el Código Civil⁵² que señala que la fuente de la representación puede ser la ley o la voluntad de las partes, y el Código de Comercio⁵³ que regula solamente la representación voluntaria. Estas son cuestiones que se dejan simplemente planteadas porque su desarrollo requiere otro trabajo con un profundo análisis.

Ahora sí, de la Resolución CREG-024 de 1995 y de la 008 de 2003, se deduce que se trata de un contrato de mandato con representación. Al respecto, se cita, en especial, las disposiciones de las Resoluciones mencionadas, señaladas a continuación:

a) De la Resolución 024 de 1995: El inciso 1º del numeral 2 del Anexo B de esta resolución, dispone lo siguiente:

“El proceso de facturación correspondiente a las transacciones en la Bolsa de Energía se realiza mensualmente dentro de....A este efecto el Administrador del SIC actúa como mandatario, interviniendo en los procesos de emisión de facturas, liquidaciones y cobranzas por cuenta y orden de los agentes del mercado mayorista, según los procedimientos definidos en la presente resolución”. (lo subrayado es extratexto)

Cuando la disposición citada utiliza el término “y orden de” está queriendo significar “en nombre de”, dando cuenta que se trata de un contrato de mandato con representación. Se está refiriendo al contrato de mandato con representación que celebra “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC, con los agentes generadores y comercializadores, afirmación ésta, que queda aún más clara si se lee el literal d) del artículo 11, y el Anexo B de la misma resolución, los cuales aluden a las transacciones de energía realizadas por los agentes en la Bolsa de Energía.

b) De la Resolución 008 de 2003: El inciso 2º del artículo 1, cuando dice:

“El recaudo que efectúe el Liquidador y Administrador de Cuentas lo hará a nombre de terceros, los dineros que recaude no ingresarán a su patrimonio, y su manejo se hará en forma separada de los recursos propios de la empresa; son recursos de terceros que transitoriamente están en su poder, mientras se entregan, conforme a la liquidación que se realice, a los destinatarios finales, propietarios de los activos remunerados a través de los cargos que liquida...” (lo subrayado es extratexto)

Con esto queda claro que la actividad de recaudo la realiza el LAC en nombre de los mandantes transportadores. ¿Qué sucede entonces con las actividades de liquidación y facturación realizadas por el LAC? ¿De acuerdo con la regulación de

⁵² Artículo 1505 del Código Civil.

⁵³ Artículo 832 del Código de Comercio, que regula la representación voluntaria.

la CREG, son éstas realizadas en nombre de los mandantes transportadores? La respuesta es necesariamente positiva, pues acorde con la regulación es claro que “XM S.A. E.S.P.”, en este caso, en calidad de LAC, no es transportador, y la emisión y entrega de la factura comercial a los generadores y comercializadores usuarios de las redes de transmisión nacional y regional, es obligación del transportador (transmisores nacionales y regionales), razón por la cual, en un principio, esta obligación sólo puede ser cumplida por el mismo transportador o por otra persona en nombre suyo. En este caso, por disposición de la CREG, se trata de actividades que sólo pueden ser cumplidas por el LAC, y por lo que se acaba de decir, aunque no lo diga expresamente la regulación de la CREG, se cumplen en nombre de los transportadores del MEM. Lo mismo se dice de la liquidación, la cual es indispensable para hacer la facturación.

Lo anterior se deduce del artículo 944 del Código de Comercio, que establece que es obligación del vendedor la formación y entrega al comprador, de la factura comercial. Aunque esta norma se refiere a una factura de las “mercaderías vendidas”, ello puede traducirse para el caso de los servicios prestados por los transportadores, como ya se hizo, para decir que en el caso de las facturas comerciales expedidas por “XM S.A. E.S.P.”, a través del LAC, el vendedor no es esta empresa, sino que los vendedores son los agentes del MEM que venden sus servicios de transportadores de la energía eléctrica por las redes del STN y de los STR, a los generadores y comercializadores que participan en el MEM celebrando contratos a largo plazo en posición de compradores o vendiendo y/o comprando energía eléctrica en la Bolsa de Energía. De este modo, de acuerdo a la definición que de factura comercial trae el Código de Comercio, como documento expedido por el vendedor, “XM S.A. E.S.P.” no puede expedir, en este caso, a través del LAC, las mencionadas facturas comerciales, a nombre suyo, pues por definición la factura comercial debe ser expedida por el vendedor, y dicha empresa no es vendedora. De manera que esas facturas deben expedirse en nombre y por cuenta y riesgo de los vendedores enunciados. Esta puede ser una razón por la cual la CREG estableció la obligación de celebrar el contrato de mandato con representación de que trata esta tesis, pues tal vez se pensó que si “XM S.A. E.S.P.”, al expedir las facturas comerciales a través de aquellas dependencias, no actuaba como mandatario representante de los vendedores a los que he hecho alusión, cómo se iba a justificar que dicha empresa pudiera expedir esas facturas comerciales.

Finalmente, el efecto de la representación es que los actos realizados por el mandatario representante, se consideran realizados directamente por el mandante representado, y en consecuencia, los efectos jurídicos (derechos y obligaciones) derivados de aquellos actos, se radican inmediatamente en cabeza de éste, repercuten directamente en su patrimonio, sin afectar la esfera patrimonial del

mandatario⁵⁴. Por consiguiente, las acciones judiciales que pueda emprender el tercero con ocasión de los actos efectuados por el representante deben ejercerse contra el representado directamente.

En relación con lo anterior, hay que hacer algunas precisiones tratándose del contrato de mandato con representación celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM. Las acciones judiciales que puede interponer el tercero -agente del MEM- con ocasión de los actos efectuados por el representante -“XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o LAC, según el caso-, deben ejercerse contra los representados directamente -los otros agentes del MEM, que para el efecto son mandantes-, por la forma en que funciona el mercado de energía mayorista. Por ejemplo, si en definitiva, un comercializador no está de acuerdo con el monto facturado por el ASIC por concepto de las compras de energía realizadas por aquel en la Bolsa de Energía, dicho comercializador tendrá que demandar a todos los agentes del MEM que hayan vendido energía en la Bolsa durante el mes que aquel compró.

4.2.5 No es un mandato plural, conferido por varios mandantes

El fenómeno del mandato colectivo por pluralidad de mandantes está regulado por el artículo 1276 del Código de Comercio, que reza: *“Art. 1276.-Cuando el mandato se confiera por varios mandantes y para un mismo negocio, serán solidariamente responsables para con el mandatario de las obligaciones respectivas”*.

Sin saber si el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es o no un contrato de mandato colectivo con pluralidad de mandantes, es claro que acorde con la regulación de la CREG, la norma citada no es aplicable en este caso, pues cada quien es responsable de lo suyo, cada agente del MEM debe pagar únicamente lo que a él le corresponde por los servicios prestados por el mandatario, y no lo que le corresponde pagar a los demás por el mismo concepto. No se trata de una sola deuda que tengan todos los agentes del MEM respecto del ASIC o el LAC, por los servicios prestados por el primero o el segundo, según el caso, y que pueda cobrarse a cualquiera de aquellos en su totalidad, es decir, no se trata de una obligación solidaria por pasiva.

⁵⁴ El artículo 833 del Código de Comercio, afirma: *“Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste.*

La regla anterior no se aplicará a los negocios propuestos o celebrados por intermediario que carezca de facultad para representar”.

El artículo 1505 del Código Civil, sostiene: *“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”*.

De todas maneras, lo anterior es explicable porque el contrato de mandato en estudio no es un contrato de mandato colectivo con pluralidad de mandantes. Así, cada uno de los generadores y de los comercializadores celebra su propio contrato de mandato con “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC, lo que pasa es que todos estos contratos son iguales en el sentido de tener las mismas cláusulas. De la misma forma, cada uno de los transportadores celebra su propio contrato de mandato con la misma empresa, en calidad de LAC, y todos los contratos son iguales, se repite, en el sentido de tener cláusulas idénticas. Pero, el hecho de que sean iguales no significa, que en uno y otro caso, se trate de un mismo contrato de mandato con pluralidad de mandantes. Si así fuese, habría que dar por ciertas, cosas que no lo son, por ejemplo, cada una de dichas dependencias solo tendría que emitir una liquidación mensual para sus mandantes, y no es así, porque cada mandante que participe en la Bolsa vende su propia energía y en consecuencia a cada uno se le entrega su propia liquidación mensual; así mismo, cada transportador tiene sus propias redes en el STN o STR, y luego a cada uno se le entrega su propia liquidación por el uso que de sus redes hayan hecho los agentes del MEM. Además, si así fuese, habría que entender que cada venta realizada en la Bolsa la hacen todos los mandantes y así por cada venta habría que expedir una factura comercial en nombre de todos ellos y el precio de la venta se repartiría por partes iguales entre los vendedores, pero, no es así porque el precio de la venta no se reparte por partes iguales sino en proporción a lo que cada agente haya vendido. Se trata entonces, en cada caso, de contratos de mandato diferentes por cuanto el objeto-cosa sobre el que se realizará el encargo, presenta características de cantidad y por consiguiente de precio, diferentes.

4.2.6 Es un contrato de mandato especial

El Código Civil trae una clasificación del mandato en su artículo 2156, que es aplicable al mandato mercantil, de la siguiente manera: El mandato mercantil es especial cuando se confiere para uno o varios actos de comercio determinados. El mandato mercantil general es aquél en el que se encarga al mandatario todos los actos de comercio del mandante, así sea con una o más excepciones determinadas, y se requiere que se constituya por escritura pública⁵⁵.

De acuerdo con esta clasificación, el contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es especial, pues se confiere para unos determinados actos de comercio, que a continuación se señalarán en el objeto.

⁵⁵ Al mandato general para todos los negocios mercantiles, se refiere Gabriel Escobar Sanín en la página 323 de su obra “Negocios Civiles y Comerciales”, Tomo I: Negocios de Sustitución, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 1987.

4.3 OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del contrato de mandato mercantil es el encargo de celebrar y/o ejecutar uno o más actos de comercio. Ese encargo está constituido entonces por obligaciones de hacer que consisten en la realización de uno o varios actos jurídicos de comercio.

El objeto del contrato de mandato celebrado entre cada uno de los generadores y comercializadores, y “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC, es encomendar a éste la realización de los actos jurídicos de liquidación y facturación de las transacciones realizadas por los agentes del MEM -generadores y comercializadores- en la Bolsa de Energía, el cobro y recaudo de los valores facturados, y la distribución de los dineros recaudados entre los agentes que vendieron energía en la Bolsa.

El objeto del contrato de mandato celebrado entre cada uno de los transportadores -transmisores nacionales y regionales- y “XM S.A. E.S.P.” en calidad de LAC, es encargar a éste la realización de los actos jurídicos de liquidación a los transportadores, y administración de cuentas que consiste en la facturación, cobro y recaudo a los generadores y comercializadores de los valores monetarios correspondientes a los cargos por uso de las redes del STN y del los STR, para luego distribuirlos entre los transportadores propietarios de las redes del STN y de los STR usadas. La actividad de administración de cuentas comprende, además, la tarea de proporcionar al ASIC los datos necesarios para que éste calcule las garantías requeridas para el pago de los cargos que liquida y factura el LAC⁵⁶.

Las actividades desarrolladas por el ASIC y por el LAC no pueden considerarse actividades de intermediación financiera⁵⁷.

4.3.1 Regulación de las actividades desarrolladas por el ASIC y por el LAC

Las actividades de liquidación -incluidos los procesos para llevarla a cabo-, facturación, cobro y recaudo, y distribución, llevadas a cabo por el ASIC y por el LAC, están reguladas por la CREG, en el Reglamento de Operación, como se explicará más adelante.

En efecto, en primer lugar, tratándose del ASIC, la regulación de las actividades enumeradas se encuentra en la Resolución CREG-024 de 1995, modificada por las Resoluciones CREG-047 de 2000 y 006 de 2003. El artículo 21 de la primera de las resoluciones citadas dispone que las transacciones comerciales en la Bolsa

⁵⁶ Literal e) del artículo 5 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁵⁷ Artículo 1 de la Resolución CREG-008 de 2003.

de Energía se evalúan y administran de acuerdo a los procesos y procedimientos establecidos en el Anexo A de esta resolución. Posteriormente, el artículo 23 advierte que la liquidación, facturación y cobro de las transacciones comerciales en la Bolsa de Energía se efectúan conforme a las reglas y procedimientos establecidos en el Anexo B de esta resolución. En segundo lugar, tratándose del LAC, la regulación de las actividades enunciadas está en la Resolución CREG-008 de 2003.

Pues bien, por mandato de las leyes 142 y 143 de 1994, “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de CND, a través del ASIC y del LAC, está sujeta al Reglamento de Operación expedido por la CREG, es decir, está obligada a aplicar las normas que este contiene, de manera que las actividades desarrolladas por estas dependencias no pueden cumplirse de forma diferente a como allí se establece⁵⁸. En otras palabras, “XM S.A. E.S.P.” tiene la obligación legal de cumplir su función de ASIC y LAC, aplicando lo dispuesto en el Reglamento de Operación, del cual hacen parte las Resoluciones de la CREG, teniendo en cuenta que éstas son actos administrativos de los cuales se presume su legalidad hasta tanto los mismos sean declarados nulos o suspendidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ese conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación, que permiten definir las obligaciones y acreencias de los agentes del MEM (generadores, comercializadores y transportadores) por concepto de los actos o contratos de energía celebrados entre generadores y comercializadores en la Bolsa conforme al despacho central, y que incluye todas las actividades mencionadas al principio, recibe el nombre de Sistema de Intercambios Comerciales (SIC)⁵⁹.

4.3.2 Las facturas comerciales emitidas por el ASIC y el LAC

Acorde con la regulación de la CREG, las facturas emitidas por el ASIC y por el LAC son facturas comerciales, a las cuales deben aplicarse las normas del Código de Comercio y de la legislación tributaria, que regulan la materia, pues aquella regulación ordena la aplicación de las normas del Código de Comercio en lo que a ellas respecta, y estas normas, a su vez, remiten a la legislación tributaria.

⁵⁸ Al respecto, pueden leerse: el parágrafo 1 del artículo 167 de la Ley 142 de 1994; el artículo 34 de la Ley 143 de 1994.

⁵⁹ Así se deduce la definición que de SIC traen el artículo 1 de la Resolución CREG-024 de 1995, y el artículo 1 de la Resolución CREG-006 de 2004.

En efecto, en primer lugar, tratándose del ASIC, el Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, denominado “PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS”, dispuso, en su primer inciso del numeral 2.3.1:

“Facturación de las Operaciones de Compra/Venta en el Mercado. Las facturas expedidas por el Administrador del SIC para los agentes del mercado deben cumplir con todos los requisitos definidos en el Código de Comercio para las facturas comerciales”.

En segundo lugar, tratándose del LAC, el artículo 13 de la Resolución CREG-008 de 2003, dispone en su primer inciso:

“Artículo 13. Facturación Cargos por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional. El Administrador de Cuentas emitirá una factura comercial, a cada empresa, por cada mes calendario vencido, con base en la información presentada por el Liquidador de Cuentas, diferenciando los cargos para cada uno de los sistemas que liquida y factura. (...)”. (lo subrayado es extratexto)

No sobra recordar que la factura comercial es diferente a la factura cambiaria de compraventa. La primera está regulada en el artículo 944 del Código de Comercio, que establece que es obligación del vendedor su formación y entrega al comprador. La segunda es un título valor que está regulado por el Código de Comercio en sus artículos 772 a 774, 777, 778, y 779.

Adicionalmente, la Ley 527 de 1999 y el estatuto tributario, le otorgaron validez a la factura electrónica. Posteriormente, la Resolución CREG-100 de 2001, modificó las Resoluciones CREG-012 y CREG-024 de 1995, con el fin de permitir al ASIC y LAC, la implementación del procedimiento de Facturación Electrónica de: a) Las transacciones efectuadas en el Mercado de Energía Mayorista, para el caso del ASIC y; b) Las liquidaciones de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional, para el caso del LAC y de cualquier otro cargo que le asigne la regulación.

De acuerdo con dicha resolución, esa facturación electrónica:

- Será enviada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro medio de mensaje de datos, de conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, sus Decretos Reglamentarios y la regulación que para tales efectos, pueda expedir la CREG, la DIAN y cualquier otra autoridad competente en la materia.
- Tendrá la misma eficacia y validez que la presentada en original y por tanto la reemplazará.

En cumplimiento de esta resolución, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA), en su calidad de ASIC y LAC -ahora "XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P."- tomó las medidas pertinentes para adecuar los contratos de mandato y demás acuerdos suscritos con los agentes, a lo dispuesto en esta Resolución, en lo relativo a la facturación electrónica con el fin de dejar claramente establecidas las obligaciones de las partes y los efectos de dicha facturación.

4.3.3 Liquidación y facturación realizada por el ASIC

4.3.3.1 Procesos para la liquidación

La liquidación es un proceso, en este caso, para determinar las acreencias y obligaciones de los generadores y comercializadores, producto de las transacciones comerciales realizadas horariamente entre ellos en la Bolsa de Energía. Ese gran proceso de liquidación, está conformado por varios procesos o, lo que es lo mismo, procedimientos. De este modo, todos estos procesos, necesarios para realizar la actividad de liquidación de las transacciones de energía efectuadas en la Bolsa, los lleva a cabo el ASIC en cumplimiento del contrato de mandato. Son procedimientos que se realizan diariamente para cada hora del día, pues el ASIC debe liquidar diariamente las transacciones hechas por los agentes generadores y comercializadores en la Bolsa de Energía. Esos procedimientos fueron determinados y regulados por la CREG, en el Anexo A de la Resolución 024 de 1995, y todas aquellas que los complementen, sustituyan o modifiquen. Ellos son:

- a) Balance
- b) Asignación de contratos de energía a largo plazo
- c) Determinación de la disponibilidad comercial
- d) Cálculo del precio en la Bolsa de Energía
- e) Cálculo de las desviaciones y penalización
- f) Cálculo de las restricciones de transmisión

Para cada uno de estos procedimientos, la CREG trae, en la regulación mencionada, explicaciones, conceptos y fórmulas, de gran complejidad, debido al especialísimo lenguaje técnico utilizado. Por esta razón y porque se considera que no es necesario para lograr el objetivo este trabajo, no se darán explicaciones de cada uno de ellos, sino que solo se hará referencia al proceso de asignación de contratos de energía a largo plazo.

4.3.3.2 Liquidación, asignación o ejecución de los contratos a largo plazo, o contratos bilaterales de compra garantizada de energía

Para poder liquidar y facturar las transacciones comerciales realizadas por los agentes del MEM en la Bolsa de Energía, es necesario liquidar (ejecutar o asignar) los contratos de energía a largo plazo celebrados por dichos agentes y registrados en el ASIC.

Para que estos contratos puedan liquidarse en la Bolsa de Energía, deben contener, como lo sostiene el artículo 15 de la Resolución CREG-024 de 1995: la identidad de las partes contratantes, reglas y procedimientos claros para determinar hora a hora, durante la duración del contrato, las cantidades de energía a asignar bajo el contrato y el respectivo precio, en forma consistente con los procedimientos de liquidación establecidos en la Resolución CREG-024 de 1995.

Esta liquidación de los contratos de energía a largo plazo, a cargo del ASIC, consiste en el proceso de asignación o despacho que horariamente se hace de dichos contratos para cada agente comercializador, en el orden que a continuación se señala, y hasta satisfacer la demanda comercial en la hora correspondiente -que es lo mismo que el consumo- hecha a dicho agente (demanda real afectada con las pérdidas internas y las pérdidas del STN)⁶⁰.

Primero se asignan los contratos tipo “Pague lo contratado”, por orden de precio de menor a mayor. Después se asignan los contratos tipo “Pague lo contratado condicional”, por orden de mérito a partir del contrato de menor precio. Finalmente se asignan, también en orden ascendente de precios, los contratos de tipo pague lo demandado⁶¹. En todos estos casos, se está haciendo alusión al precio unitario por KWh⁶².

En resumen, los pasos a seguir para realizar la liquidación de los contratos de energía a largo plazo en cada hora, son:

- a) Calcular la demanda comercial, la cual se toma como base.
- b) Ordenar los contratos en el orden mencionado.
- c) Determinar los contratos necesarios para satisfacer la demanda comercial, en el orden descrito anteriormente.

⁶⁰ El artículo 1 de la Resolución CREG-008 de 12 de febrero de 2003 establece que *“la demanda comercial corresponde al valor de la demanda real del comercializador, afectada con las pérdidas en las redes de transmisión regional o de distribución local y las pérdidas del STN”*.

⁶¹ Literal a) del artículo 6 de la Resolución CREG-112 del 29 de septiembre de 1998, que modifica el Numeral 1.1.2. del Anexo A de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁶² Resolución CREG-084 del 22 de diciembre de 1999, por la cual se establece la unidad de medida de energía a utilizar para la evaluación de las transacciones comerciales en el Mercado Mayorista.

El resultado de este proceso de asignación, puede ser uno de los siguientes:

- a) Que la suma de todos los contratos del comercializador sea igual a la demanda comercial, lo que significa que todos los contratos se consideran asignados, y en consecuencia despachados. En este caso, el comercializador no tendrá que participar en la Bolsa de Energía.
- b) Que la suma de todos los contratos del comercializador sea menor a la demanda comercial, lo cual significa, al igual que en el caso anterior, que todos los contratos se consideran asignados, y en consecuencia despachados. Sin embargo, en este caso, el comercializador tendrá que comprar la diferencia en la Bolsa de Energía al precio de bolsa en la hora respectiva.
- c) Que la suma de todos los contratos sea mayor a la demanda comercial, lo cual significa que no todos los contratos se consideran asignados, y en consecuencia despachados. En este caso, el comercializador venderá el sobrante en la Bolsa de Energía al precio de bolsa en la hora respectiva.

Hay que mirar entonces si las cantidades asignadas cada hora, en los contratos de energía a largo plazo, son iguales, superiores o inferiores a la demanda comercial, para determinar si existe o no participación del comercializador en la Bolsa de Energía celebrando transacciones comerciales en ésta, y en caso positivo, en calidad de qué participa y cuál es el monto de dicha transacción.

Por su parte, los contratos asignados de los generadores y el cálculo del monto de sus compras o ventas a la Bolsa de Energía, para cada hora, se determinan en la siguiente forma:

- a) Con base en la programación SIC (despacho ideal), se determina el despacho ideal de cada generador en la hora respectiva (sumatoria de las disponibilidades comerciales de cada una de las unidades de generación pertenecientes al generador en la hora respectiva, calculadas por el ASIC).
- b) Se suman las cantidades de los contratos respectivos que se hayan asignado a los comercializadores en esa hora.
- c) Se compara el despacho ideal de cada generador con el total de sus contratos despachados (asignados), en la misma hora:
 - Si el volumen total de los contratos es mayor que la generación total ideal para el generador, éste es responsable de pagar esta diferencia al precio de bolsa en la hora respectiva.
 - Si el volumen total de los contratos es menor que la generación ideal para el generador, éste recibirá un pago correspondiente a la diferencia, liquidada al precio de bolsa en la hora respectiva.

Todo esto demuestra que cuando el ASIC liquida (asigna o ejecuta) los contratos de energía a largo plazo en él registrados, logra determinar los sujetos participantes y el monto de las transacciones de energía que se presentan en la Bolsa de Energía, sin lo cual no sería posible la liquidación y facturación de éstas. Es decir, el gran proceso de liquidación y facturación de las transacciones en Bolsa incluye necesariamente el proceso de asignación de contratos a largo plazo. De aquí que el artículo 14 de la Resolución CREG-024 de 1995 afirme que estos contratos se liquidan en la Bolsa de Energía. Significa esto que la liquidación de los contratos de energía a largo plazo, realizada por el ASIC, es una de las obligaciones que tiene éste en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con los generadores y comercializadores. Es por esto que el Anexo D de la Resolución CREG-024 de 1995, en su tercer párrafo, advierte que para que un contrato de energía a largo plazo sea registrado por el ASIC, se requiere que los contratantes celebren el contrato de mandato con éste.

Todo lo anterior también explica el porqué de la disposición traída por el artículo 16 de la misma Resolución, que aduce lo siguiente:

“Para efectos de la liquidación de transacciones realizadas por los agentes en la bolsa de energía los contratos de energía serán asignados por el Administrador del SIC de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta resolución. El Administrador del SIC no responde por el cumplimiento de las obligaciones que las partes de los contratos de energía asumen recíprocamente. Las obligaciones del Administrador del SIC no se enmarcan como comercializador, ni dentro del proceso de compraventa de energía, sino que son de apoyo para este proceso, para lo cual actúa en la ejecución de los contratos por el mandato dado por las empresas participantes en el mercado mayorista, por cuenta y riesgo de éstos”. (lo subrayado es extratexto y se aclara que cuando esta disposición usa el término “contratos” se está refiriendo a los contratos de energía a largo plazo)

Se encuentra así que los contratos a largo plazo se registran en el ASIC para poder ser liquidados como ya se explicó y hacer así posible la liquidación y facturación de las transacciones comerciales efectuadas en la Bolsa de Energía. De aquí que los requisitos que se exigen para su registro sean los mismos requeridos para su liquidación.

Por su parte, parece existir una contradicción entre el numeral 1 del Anexo B de la Resolución 024 de 1995 y los artículos 14 y 15 de la misma Resolución, pues mientras el primero parece dar a entender que los contratos de energía a largo plazo celebrados entre generadores y comercializadores, son liquidados por los agentes participantes en el contrato, los segundos afirman que dichos contratos se liquidan en la Bolsa de Energía por el ASIC. La contradicción con estas últimas disposiciones se presenta cuando el Anexo B de la Resolución citada, titulado *“Procedimientos de Liquidación de Cuentas”*, en su numeral 1, titulado

“Facturación, Cobranzas y Liquidación de los Contratos de Energía”, empieza diciendo: “Este proceso es ejecutado por los agentes participantes en cada contrato”.

Pero, de acuerdo a una interpretación sistemática de la Resolución CREG-024 de 1995 y a lo que en realidad ocurre en la práctica, la liquidación de los contratos de energía a largo plazo es realizada por el ASIC, en el sentido ya explicado. Es en dicha liquidación donde el ASIC establece la relación del contrato asignado horariamente. De aquí que el numeral 1 del Anexo B de la Resolución citada, señale que: *“El Administrador del SIC reporta a los contratantes, para cada contrato, la relación del contrato asignado horariamente, el cual sirve como soporte para el proceso de facturación entre los contratantes”*, reporte que se hace en la facturación mensual. Porque, lo cierto es que, como lo afirma la misma disposición, la facturación, forma de pago y cobro son convenidas entre las partes y su ejecución es responsabilidad exclusiva de éstas, no del ASIC.

4.3.3.3 Liquidación mensual y facturación

Dentro de los primeros 10 días hábiles del mes siguiente a la transacción, el ASIC debe emitir las liquidaciones mensuales y remitirlas a los acreedores correspondientes (vendedores de energía en Bolsa), y emitir y enviar las respectivas facturas comerciales a los deudores respectivos (compradores de energía Bolsa)⁶³.

Con la liquidación y la facturación mensual que hace el ASIC de las transacciones de energía en la Bolsa, se determina el monto de las obligaciones y derechos de los agentes que participan en la Bolsa de Energía frente al conjunto de quienes participan en ésta, y cada uno de ellos en particular⁶⁴. Es decir, con la liquidación y facturación mensual, se establece, cuánto debe cada uno de los agentes compradores al conjunto de los agentes vendedores en la Bolsa de Energía, y a cada uno de éstos aplicando el criterio de proporcionalidad; y cuál es el monto de la acreencia de cada uno de los agentes vendedores frente al conjunto de los agentes compradores en la Bolsa de Energía, y frente a cada uno de éstos aplicando el mismo criterio.

En cuanto al mencionado criterio de proporcionalidad, se explica lo siguiente: Como al momento de comprar o vender en la Bolsa de Energía, no se sabe a quién se está comprando o vendiendo, es decir, las transacciones en la Bolsa de Energía no están determinadas entre los diferentes agentes, para las deudas que cada agente tenga con el resto de los participantes en las transacciones de cada mes, se aplica el criterio de proporcionalidad, de tal modo que: a) Cada comprador

⁶³ Numeral 2 y penúltimo párrafo del numeral 2.3.1., del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁶⁴ Literal h) del artículo 6 de la Resolución CREG-024 de 1995.

es deudor de cada uno de los agentes que resulte vendedor, en forma proporcional a su participación en las compras, y, viceversa, cada vendedor es acreedor de cada uno de los agentes que resulte comprador, en forma proporcional a su participación en las ventas; b) Los pagos se efectúan e imputan guardando el criterio de proporcionalidad, conforme a que los deudores paguen sus deudas⁶⁵.

Es así como a través de las liquidaciones mensuales y las facturas comerciales emitidas por el ASIC, se individualizan -no se crean- las relaciones jurídicas comerciales que se forman entre los agentes vendedores y compradores de energía eléctrica en la Bolsa de Energía del Mercado Mayorista.

Las facturas emitidas por el ASIC y las órdenes de pago, van acompañadas con la relación de las transacciones diarias realizadas por el agente, presentando en forma discriminada las compras y las ventas⁶⁶. El ASIC puede realizar el cruce de cuentas de las compras y ventas del mismo agente en el mes a liquidar, enviando a éste un reporte del total de sus ventas y compras mensuales, presentando el neto como valor a facturar o liquidar, aunque teniendo en cuenta que el agente generador y comercializador de una misma empresa se tratan en forma independiente⁶⁷.

Para los agentes que tengan contratos de energía a largo plazo vigentes, en la facturación mensual se les reporta la asignación del contrato en forma horaria⁶⁸.

4.3.4 Liquidación y facturación realizada por el LAC

4.3.4.1 Liquidación de los Cargos por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional

Con la liquidación de cuentas que hace el LAC, se pretende establecer el valor de las acreencias de los transportadores y de las deudas de los generadores y comercializadores, usuarios de las redes del Sistema Interconectado Nacional. Consiste en calcular y actualizar los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional y de los Sistemas de Transmisión Regional⁶⁹, aplicando las metodologías establecidas en la regulación vigente, es decir, como se muestra a continuación⁷⁰:

⁶⁵ Numeral 2 del Anexo B de la Resolución CREG- 024 de 1995.

⁶⁶ Numeral 2.2.2 del Anexo B de la Resolución CREG- 024 de 1995.

⁶⁷ Último párrafo del numeral 2.3.1., Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁶⁸ Último párrafo del numeral 2.2.1. del Anexo B de la Resolución CREG- 024 de 1995.

⁶⁹ El artículo 1 de la Resolución CREG-008 de 2003, define los cargos por uso del STN y de los STR, de la siguiente manera:

“Cargos de los STR. Son los cargos, expresados en \$/kWh, que remuneran los activos de uso del Nivel de Tensión 4 y los activos de conexión al STN, de los Operadores de Red.

- El cálculo de los Cargos por Uso del STN se hará aplicando el procedimiento establecido en la Resolución CREG-103 de 2000, o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan.
- La Liquidación de los Cargos por Uso de los STR se hará aplicando el procedimiento establecido en la Resolución CREG-082 de 2002 o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan.

Para realizar esta actividad, el LAC deberá llevar a cabo, entre otras las tareas señaladas en el artículo 4 de la Resolución CREG-008 de 2003.

El LAC deberá suministrar a los comercializadores el valor de los Cargos por Uso del STN, STR y demás cargos que deba liquidar y facturar, estimado con la mejor información disponible, a más tardar el octavo (8^o) día calendario del mes siguiente al último día del mes que deba facturar⁷¹.

4.3.4.2 Facturación de los Cargos por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional

Esta tarea consiste en:

a) Elaborar y emitir para cada empresa una factura comercial de cobro de los cargos por uso de la redes del SIN, por cada mes calendario vencido, de acuerdo a la información de la liquidación de cuentas, y diferenciando los cargos para cada uno de los sistemas que liquida y factura. Las facturas se emitirán a más tardar el día trece (13) calendario siguiente al último día del mes que se debe facturar.

Cargos por Uso del STN. Son los cargos, expresados en \$/kWh, que remuneran los activos de uso del STN".

Y, también define los activos de uso del STN, así:

Activos de Uso del STN. Son aquellos activos de transmisión de electricidad que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV, y son remunerados mediante Cargos por Uso del STN.

Activos de Uso de STR y SDL. Son aquellos activos de transmisión de electricidad que operan a tensiones inferiores a 220 kV, se clasifican en Unidades Constructivas, no son Activos de Conexión, y son remunerados mediante Cargos por Uso de STR o SDL."

Define además el STN y el STR, como sigue:

"Sistema de Transmisión Regional (STR). Sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por los activos de conexión al STN y el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan en el Nivel de Tensión 4 y que están conectados eléctricamente entre sí a este Nivel de Tensión, o que han sido definidos como tales por la Comisión. Un STR puede pertenecer a uno o más Operadores de Red.

Sistema de Transmisión Nacional (STN). Es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operen a tensiones iguales o superiores a 220 kV".

⁷⁰ Artículo 3, 9 y 10 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁷¹ Artículo 12 de la Resolución CREG-008 de 2003.

Adicionalmente, el LAC debe entregar un informe a cada uno de los representantes de los activos que se están remunerando, con información necesaria para la revisión por parte de los agentes, de las liquidaciones realizadas por el LAC.

Cuando una empresa resulta simultáneamente deudora y acreedora en un mismo Sistema de Transmisión Regional, como sucede, por ejemplo, en el caso de una empresa integrada verticalmente que es dueña de uno de los activos de ese STR y simultáneamente es comercializadora usuaria de ese STR, el LAC cruzará, el día de vencimiento, el porcentaje de sus obligaciones como agente deudor que corresponde al porcentaje de participación en el ingreso de los beneficiarios de dicho pago. La empresa deberá cancelar la diferencia que como agente adeude a los demás beneficiarios en el sistema⁷².

b) Enviar esas facturas a los agentes del mercado de energía obligados al pago de las mismas.

4.3.5 Cobranza a cargo del ASIC y del LAC, y pago de los agentes del mercado mayorista

El servicio de cobranza en el mercado mayorista, prestado por el ASIC, incluye el cobro de todas las obligaciones que tengan los agentes en el MEM, salvo aquellas que correspondan a la ejecución de contratos de energía a largo plazo entre generadores y comercializadores, y aquellas cuyo cobro es tarea del LAC. Se trata del cobro a los agentes, de las obligaciones contenidas en la factura comercial enviada a cada uno de ellos. Por su parte, el LAC, como administrador de cuentas de los agentes del mercado mayorista que participan como beneficiarios o usuarios de los sistemas que conforman el Sistema Interconectado Nacional, y que, por consiguiente, son deudores de los cargos por uso de las redes de este sistema, cobra a éstos dichos cargos, contenidos en la factura comercial remitida a cada uno.

Según el inciso 1º del numeral 2.3.2 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, las facturas emitidas por el ASIC se vencen el primer día hábil del segundo mes siguiente al mes que corresponde la facturación; al paso que según el artículo 14 de la Resolución CREG-008 de 2003, las facturas emitidas por el LAC se vencen el primer día hábil del mes que sigue al mes de su emisión, y como el mes de su emisión es el mes siguiente al mes que corresponde la facturación, es lo mismo que decir que las facturas emitidas por el LAC se vencen el primer día hábil del segundo mes siguiente al mes que corresponde la facturación. Significa esto que las facturas emitidas por el LAC y las facturas emitidas por el ASIC, se vencen simultáneamente.

⁷² Inciso 2º del artículo 17 de la Resolución CREG-008 de 2003.

El no pago de una u otra factura -la emitida por el ASIC o por el LAC- en la fecha señalada, origina intereses de mora, interés de mora que es equivalente a la máxima tasa moratoria permitida por la Ley y vigente durante el período que se está liquidando⁷³.

La constitución en mora en las transacciones de la Bolsa de Energía y en los cargos por uso del SIN, no requiere pronunciamiento judicial. Basta para ello certificación expedida por el ASIC para el primer caso y por el LAC para el segundo, de oficio o a petición de parte. El ASIC y el LAC debitan y cobran esos intereses de mora por cuenta y orden de los acreedores⁷⁴. En lo que a este tema respecta, se aclara que aquí la CREG no está haciendo una creación de una forma de constitución en mora, sino una elección entre las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico previamente existente, sobre las formas de la constitución en mora. Así, estas formas, de acuerdo con el artículo 1608 del Código Civil, son el requerimiento judicial, el vencimiento del plazo expreso y el vencimiento del plazo tácito, habiendo la CREG seleccionado el vencimiento del plazo expreso como forma de constitución en mora en el pago de aquellos conceptos, pero con un agregado que es aquella certificación en donde conste este vencimiento, lo cual es apenas obvio sabiendo que es “XM S.A. E.S.P.” quien en su calidad de administrador del MEM tiene mayor conocimiento sobre el plazo para el pago de cada factura y su vencimiento, y está a su cargo la labor de cobro.

Los agentes del MEM deben⁷⁵:

- Utilizar los procedimientos de pago que indique el ASIC y el LAC, según el caso: Para que los agentes del mercado mayorista puedan realizar esos pagos, el ASIC y el LAC, ofrecen a ellos la transferencia a las cuentas bancarias habilitadas por “XM S.A. E.S.P.” para este único efecto. Se trata de cuentas corrientes y de ahorros necesarias para hacer el recaudo y distribución de los cargos por uso del SIN, las transacciones en la Bolsa de Energía y las garantías financieras por transacciones en el Mercado mayorista (transacciones en la Bolsa de Energía y en el SIN, liquidadas por el ASIC y el LAC, respectivamente). Son cuentas manejadas por entidades financieras existentes en el mercado colombiano, que han sido seleccionadas después de un exhaustivo análisis, por cumplir con los requisitos de seguridad en banca electrónica y de solidez financiera definidos por el ASIC y LAC, y por su infraestructura tecnológica de la entidad y los servicios que ésta pueda ofrecer, para la administración eficiente de aquellos recursos económicos que se reciben de los agentes que intervienen en el MEM.

⁷³ Inciso 2° del numeral 2.3.2 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, y artículo 19 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁷⁴ Inciso 4° y 5° del numeral 2.3.3 de la Resolución CREG-024 de 1995, y artículo 19 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁷⁵ Inciso 4° del numeral 2.3.2, e inciso 1° del numeral 2.3.4, del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, e inciso 3° del artículo 16 de la Resolución CREG-008 de 2003.

- Suministrar vía fax, o por cualquier otro medio de comunicación habilitado por la dependencia correspondiente, la información completa del abono efectuado, a más tardar el día hábil siguiente al pago, pues de lo contrario, el ASIC o el LAC, según se trate, asumirá que no se ha realizado el depósito correspondiente.

Como el ASIC y el LAC, actúan como administradores de recursos ajenos, y en interés y nombre de terceros⁷⁶:

- Los dineros que recauden, o como es llamado también por la regulación, los ingresos que reciben, no pueden incrementar su patrimonio, es decir, no pueden ingresar a éste, salvo en lo correspondiente a la remuneración por sus servicios. Por esta razón, el manejo de dichos dineros se debe hacer en forma separada de los recursos propios de “XM S.A. E.S.P.”.
- El hecho de que cumplan con la labor de definir las acreencias y obligaciones correspondientes, liquidando y facturando, y se encarguen del cobro u recaudo de los dineros respectivos, no los vuelve responsables del cumplimiento de las obligaciones que resultan en cabeza de los agentes del MEM. Por esto, la actividad de recaudo no compromete al ASIC y al LAC con el riesgo de cartera, lo cual significa que si el valor recaudado es menor al valor facturado, el ASIC y el LAC no son responsables del faltante⁷⁷. En este caso, la suma recaudada se repartirá entre los acreedores correspondientes (generadores o transportadores, según si se trata del ASIC o del LAC) de acuerdo al criterio de proporcionalidad.

4.3.6 Pago a los agentes del mercado mayorista, o distribución de los ingresos o dineros recaudados

Dentro de los 3 días hábiles siguientes a la fecha de aviso de la respectiva consignación -a la fecha en que cada agente avise que ya pagó la factura-, y siempre y cuando la consignación bancaria efectivamente se haya realizado, es decir, siempre y cuando el pago sea efectivo, el ASIC, y en su caso, el LAC, tienen

⁷⁶ Parágrafo 2 del artículo 29 de la Resolución CREG-024 de 1995, y artículo 1, e inciso 4° del artículo 3, de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁷⁷ En efecto, el artículo 1 de la Resolución CREG-008 de 2003, al definir la Liquidación y Administración de Cuentas, al referirse a la actividad de recaudo realizada por el LAC, sostiene que “*Esta actividad no compromete al Liquidador y Administrador de Cuentas con el riesgo de cartera, en caso de que el total efectivamente recaudado sea menor que lo facturado*”. Más adelante, el último inciso del artículo 3°, empieza diciendo que: “*El Liquidador y Administrador de Cuentas no responde por el cumplimiento de las obligaciones que los agentes asumen por el pago de los respectivos Cargos objeto de liquidación y facturación*”.

la obligación de distribuir entre los respectivos acreedores (para el caso del ASIC, los vendedores de energía, y para el caso del LAC, los operadores de red, los transmisores nacionales y agentes representantes de los activos ante él), y en las proporciones respectivas, los dineros recaudados (correspondientes a capital e intereses de mora, si los hay), en el caso del ASIC, por concepto de las transacciones en la Bolsa de Energía, y en el caso del LAC, por concepto de los cargos por uso de los sistemas que éste administra⁷⁸. La transferencia de esos dineros se hace a las cuentas bancarias reportadas por los agentes acreedores⁷⁹.

Tanto en el caso del ASIC, como en el del LAC, los pagos se aplican, considerando la antigüedad de los vencimientos, de conformidad con el artículo 881 del Código de Comercio concordado con los artículos 1310, numeral 3 del mismo Código y, 1654 y 1655 del Código Civil, es decir, si existen saldos correspondientes a distintos períodos mensuales, la aplicación se realiza en todos los casos a partir del más antiguo. Y para cada período habrá que respetar los porcentajes de distribución correspondientes, es decir, aquellos previstos según la liquidación del período al que se le va a aplicar el pago. Además, para cada período, los pagos se aplican, en primer lugar, a la cancelación de los intereses de mora, y en segundo lugar, al valor del capital, respetando las proporcionalidades correspondientes, tanto al momento de pagar los intereses de mora, como al momento de pagar el capital si después de pagar aquellos ha alcanzado el dinero para pagar total o parcialmente éste⁸⁰.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, como la Bolsa de Energía opera bajo un sistema centralizado que asegura que los pagos se efectúen e imputen bajo el criterio de proporcionalidad conforme a que los deudores paguen sus deudas:

- La distribución entre los vendedores de energía, de cada cobro efectuado por el ASIC, por concepto de las transacciones en la Bolsa de Energía, se realiza conforme a la proporcionalidad de las acreencias individuales con respecto de las totales correspondientes a cada mes⁸¹.
- A medida que los deudores de los cargos por uso de las redes del SIN, pagan sus deudas, el LAC va imputando estos pagos a sus cuentas, aplicándolos, en proporción, a las obligaciones que el agente que realiza el pago tiene pendientes en cada uno de los sistemas que liquida y administra el LAC (STN y los STR)⁸².

⁷⁸ Inciso 1º del numeral 2.3.4. del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, e inciso 1º del artículo 22 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁷⁹ Último inciso del numeral 2.3.3 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁸⁰ Inciso 3º y 4º del numeral 2.3.2., inciso 2º del numeral 2.3.4., del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, inciso 3º del artículo 16 e inciso 1º del artículo 22, de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁸¹ Inciso 1 del numeral 2.3.4 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁸² Inciso 4º del artículo 16 de la Resolución CREG-008 de 2003.

Durante los 3 días hábiles en que el ASIC y el LAC deben distribuir los dineros recaudados, éstos:

- No generan intereses de mora a cargo del ASIC y del LAC, ya que se consideran en el tiempo asignado para la operatividad de estas dependencias.
- Generan rendimientos financieros que son devueltos al mercado⁸³.

El ASIC, o en su caso, el LAC, reconocerá intereses de mora si, por causas imputables a su gestión, no distribuye los recaudos dentro del plazo previsto, aplicando la tasa de mora máxima permitida por la ley vigente en dicho período. Pero, no se considerará imputable al ASIC, cuando por falta de información no sea posible aplicar los pagos⁸⁴.

Para asignar un pago a un agente del mercado mayorista se requiere que éste se encuentre a paz y salvo con el ASIC. En caso de no estarlo, las acreditaciones que le correspondieren se consideran automáticamente como pago de sus obligaciones con la Bolsa de Energía⁸⁵.

Así mismo, para asignar un pago a un agente de un Sistema de Transmisión Regional, integrado verticalmente, se requiere que la empresa a la cual pertenece el agente, se encuentre a paz y salvo con el LAC en los otros sistemas que éste liquide y administre. En caso de no estar a paz y salvo, las acreditaciones que le correspondan se consideran automáticamente como pago de sus obligaciones con los otros Sistemas⁸⁶.

⁸³ Inciso 6° del numeral 2.3.2. del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁸⁴ Inciso 5° del numeral 2.3.2 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, e inciso 2° del artículo 22 de la Resolución CREG-008 de 2003.

⁸⁵ Inciso 3° del numeral 2.3.4 de la Resolución CREG-024 de 1995.

⁸⁶ Inciso 1° del artículo 17 de la Resolución CREG-008 de 2003.

4.4 OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL Y SU COMPARACIÓN CON EL CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM

4.4.1 Obligaciones del mandatario

4.4.1.1 Obligación principal

Realizar el encargo, sin exceder los límites del mandato (art. 1266, inciso 1º, C. Co.).

Es claro que “XM S.A. E.S.P.”, a través de sus dependencias ASIC y LAC, tiene la obligación de realizar el encargo encomendado a estas dependencias en el contrato de mandato correspondiente, encargo que consiste en las actividades mencionadas y explicadas recientemente. Pero, estas actividades, objeto del contrato, están reguladas de manera detallada por la CREG, y en esta medida, los límites del mandato se encuentran en dicha regulación. De esta manera, no existen en este contrato de mandato, instrucciones del mandante, sino instrucciones de la regulación de la CREG, algunas de las cuales son transcritas en el contrato. Por estas razones, no resultan aplicables a este contrato, las siguientes obligaciones del contrato de mandato mercantil, consideradas como complementarias de la obligación principal, al entender que el cumplimiento de aquellas es indispensable para que esta última se entienda cumplida:

a) Seguir las instrucciones suministradas por el mandante, salvo que acontezcan circunstancias desconocidas que no pueden serle comunicadas al mandante y que permitan suponer, razonablemente, que éste hubiera aprobado la actuación (art. 1266, inciso 3º, C.Co.).

b) Consultar al mandante sobre los casos que éste no hubiera previsto, suspendiendo la ejecución del encargo mientras hace dicha consulta, salvo que las circunstancias que rodean el negocio no permitan demora alguna, o que el mandatario haya sido facultado para obrar a su arbitrio, casos en los cuales deberá actuar con prudencia y en armonía con las costumbres de los comerciantes diligentes (art. 1267 C.Co.).

Sin embargo, sí resulta aplicable el inciso 1º del artículo 1263 del Código de Comercio, que refiriéndose a la extensión del mandato establece: *“El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento”*.

En unos casos, puede suceder que la CREG haya tenido en cuenta esta disposición, al establecer cuáles son esos actos necesarios para el cumplimiento del mandato, es decir, actos necesarios para la liquidación, la facturación, el cobro y el recaudo, y la distribución de lo recaudado. Aunque también puede suceder que los actos necesarios para el cumplimiento del mandato no hayan sido previstos expresamente por la regulación de la CREG, caso en el cual habría necesidad de aludir a la disposición citada. Por ejemplo, el contrato que “XM S.A. E.S.P.” celebra con las entidades financieras para que éstas manejen las cuentas bancarias en las que aquella empresa hace los recaudos de los agentes del MEM, es un acto de contratación necesario para que “XM S.A. E.S.P.” pueda cumplir con el contrato de mandato, específicamente con el encargo del recaudo.

En cuanto a las consecuencias que se derivan de los actos realizados por el mandatario más allá de los límites del mandato, es aplicable al contrato de mandato en estudio, la regla general, pero no la excepción:

Regla general: Los actos realizados por el mandatario, sea o no representante de su mandante, por fuera de los límites del encargo, lo obligan personalmente ante terceros y no afectan al mandante ante éstos. Aunque esto es aplicable al contrato de mandato en estudio, no se conoce por la autora de este trabajo, el primer caso en que “XM S.A. E.S.P.”, a través del LAC o del ASIC, se exceda de los límites de su mandato, señalados por la CREG, pues dicha empresa se ciñe estrictamente a esta regulación en sus actuaciones.

Excepción: Si el mandatario representante actúa frente a terceros, separándose de las instrucciones suministradas por el mandante, o sea de los límites del encargo, no explicitadas en el poder de representación, lo actuado por el mandatario representante en nombre de su mandante representado, obliga a éste directamente con el tercero contratante, al cual le es inoponible la extralimitación en el poder de representación. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad del mandatario por el incumplimiento del contrato de mandato, específicamente, de la obligación de ejecutar el encargo ciñéndose a las instrucciones del mandante.

Esta excepción es inaplicable al contrato de mandato en cuestión, ya que como se dijo antes, las instrucciones para el ejercicio del mandato no son dadas por el mandante, sino por la CREG, sin que tengan que estar explícitas en un poder de representación, aunque efectivamente lo estén en aquel contrato. Esto, porque en este caso, todo tercero es agente del MEM que a su vez es mandante de “XM S.A. E.S.P.”, conciente de que las actividades que esta empresa desempeña en cumplimiento del contrato de mandato, son reguladas por la CREG.

En todo caso, la actuación del mandatario por fuera de los límites del encargo, se sanea con la ratificación del mandante, vinculándose éste (artículo 1266, inciso 2º, C.Co.). Para estos efectos, el artículo 1270 registra una forma específica de ratificación tácita cuando al referirse a la comunicación hecha por el mandatario sobre la ejecución del mandato (art. 1269, inciso 1º, C.Co.), afirma que “*si el*

mandante no respondiere a la comunicación del mandatario en un término prudencial, su silencio equivaldrá a aprobación, aunque el mandatario se haya separado de sus instrucciones o excedido del límite de sus facultades". Ante estas disposiciones, surge la duda acerca de si siendo la CREG la que define los límites del mandato objeto de esta tesis, puede el mandante ratificar la actuación del mandatario que ha excedido el límite del mandato.

4.4.1.2 Obligaciones paralelas y complementarias

a) Informar al mandante de la marcha del negocio (art. 1268, inciso 1º, C.Co.). Esta obligación se deriva de la facultad que tiene el mandante de dar permanentemente instrucciones al mandatario, al ser los intereses de éste los que están en juego, ser éste quien corre el riesgo patrimonial, y por ello, el único que puede decir en cada momento cuál es la solución más conveniente frente a las diferentes circunstancias que puedan presentarse. Se refiere a la información que debe dar el mandatario al mandante sobre datos relativos, por ejemplo, a las condiciones que va exponiendo el tercero con quien se va a contratar, a las diferencias en los precios y en los costos que se ofrecen en el mercado para una posible contratación.

Pues bien, como el contrato de mandato entre "XM S.A. E.S.P." y los agentes del MEM, no se celebra con el objeto de celebrar algún contrato que resulte negociable, y como el mandante no es quien da las instrucciones al mandatario, sino que es la CREG la que en su regulación determina qué debe hacerse en cada caso, la obligación enunciada parece que no es aplicable en este caso. Sin embargo, aunque no sea con la finalidad enunciada, puede suceder que la CREG obligue al mandatario a informar al mandante de ciertos eventos sobre la marcha del negocio, como lo hace en el artículo 18 de la Resolución 008 de 2003, en el que ordena al LAC, informar mensualmente a los agentes transmisores nacionales y operadores de red, que sean acreedores de los intereses moratorios, el valor que se cause por este concepto.

b) Comunicarle al mandante las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato (art. 1269, inciso 2º, C.Co.). Esta obligación es inaplicable en el contrato de mandato en estudio, pues, en primer lugar, como se verá en el tema de su terminación, no es posible la revocación del mismo, salvo que el agente decida retirarse del MEM, y en segundo lugar, tampoco puede modificarse el contrato por la sola voluntad del mandante, sino sólo por disposición de la CREG. Es la CREG la que regula y puede modificar el contenido del contrato de mandato y en consecuencia, todas aquellas reglas y procedimientos que ella ha dispuesto para ejecutar cada uno de los encargos del mandato. Tan es así que el artículo 26 de la Resolución 024 de 1995, establece:

ARTÍCULO 26. REVISIÓN DE LOS ASPECTOS COMERCIALES. Las revisiones a las reglas y cambios a las reglas y procedimientos establecidos en la presente resolución para reglamentar los aspectos comerciales del mercado mayorista deberán ser aprobados por la Comisión. Los procedimientos minuciosos que mantiene el Administrador del SIC a disposición de los agentes del mercado mayorista podrán ser modificados, previa aprobación de la Comisión, y serán certificados por la auditoría al Administrador del SIC.

PARÁGRAFO. El Consejo Nacional de Operación, el Subcomité de Revisión y Vigilancia del SIC, los agentes del mercado mayorista y el Administrador del SIC, podrá presentar a la Comisión solicitudes de revisión. La Comisión realizará el estudio de las solicitudes y expedirá las modificaciones a que hubiere lugar.

c) Rendir cuenta detallada y justificada de la gestión (art. 1268 C.Co. y 2181 C.C.). El rendir cuenta “detallada” de la gestión significa presentar una relación pormenorizada de la administración del mandatario, una relación ingresos-gastos con las partidas correspondientes, una información fidedigna de su actuación; y el rendir cuenta “justificada” de la gestión significa, acompañar a lo anterior, los documentos que sustentan o justifican, por lo menos, las partidas principales (documentación de las partidas que tengan la calidad de importantes). El objetivo de este deber del mandatario es evaluar su comportamiento jurídico y establecer eventuales responsabilidades por el desempeño de sus funciones.

Esta obligación es aplicable al contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, de la manera como lo señala la regulación de la CREG y el mismo contrato:

a) En cuanto a la Regulación de la CREG, se encuentra que:

El literal l) del artículo 29 de la Resolución CREG-024 de 1994, advierte que es responsabilidad del ASIC, tener a disposición de los agentes mandantes de éste, la descripción de los procedimientos detallados utilizados para la administración del SIC.

El numeral 2 del Anexo A de la misma Resolución, enumera la información que el ASIC debe enviar a cada agente, en el tiempo allí señalado, así:

- Soporte de factura y orden de pago - Diario con resolución horaria.
- Soporte de factura y orden de pago - Mensual con resolución diaria.
- Despacho real de cada contrato de energía a largo plazo por el vendedor y el comprador - Diario con resolución horaria.

- Despacho real de cada contrato de energía a largo plazo por el vendedor y el comprador - Mensual con resolución diaria.
- Reporte general de las transacciones por cada agente - Diario con totales diarios.
- Reporte general de las transacciones por cada agente - Mensual con totales mensuales.
- Reporte de lecturas crudas de contadores - Diario con resolución horaria.
- Reporte de energía de contadores - Diario con resolución horaria.
- Reporte de desviaciones y restricciones por agente - Diario con resolución horaria.
- Reporte de disponibilidad comercial por agente - Diario con resolución horaria.
- Reporte de desviaciones y restricciones por agente - Mensual con resolución diaria.
- Demanda real de energía y potencia por agente - Diario con resolución horaria.
- Demanda real de energía por agente - Mensual con resolución diaria.
- Demanda, generación y pérdidas acumuladas por agente - En un rango de tiempo menor a los tres meses.

De acuerdo con el artículo 8 de la Resolución 006 de 2003, el ASIC debe hacer dos publicaciones de la liquidación de las mismas transacciones diarias del MEM - se trata de las liquidaciones diarias, que son diferentes a las liquidaciones mensuales de las mismas-, en los términos allí indicados. La primera publicación es sobre la primera liquidación de esas transacciones, y la segunda publicación es sobre la segunda liquidación. La primera liquidación y respectiva publicación contiene las variables que se liquidan en el mercado mayorista con resolución horaria y diaria, que no dependen de la demanda comercial de cada comercializador; mientras que la segunda liquidación y respectiva publicación contiene absolutamente todas las variables que se liquidan en el mercado mayorista con resolución horaria y diaria. Ambas publicaciones se hacen a fin de que los agentes presenten las observaciones o solicitudes de modificación de los datos que afecten cada una de dichas liquidaciones, en los términos indicados en la citada disposición normativa. El ASIC mantendrá disponible, en cada caso, y en el medio que designe, un cronograma con las fechas límites para la presentación de cambios por parte de los agentes. Sin embargo, esas observaciones y

solicitudes de modificación sólo pueden recaer sobre los datos que diga la regulación. Por ejemplo, sobre la primera liquidación puede solicitarse la modificación de los siguientes datos: precio de bolsa, generaciones ideales y de las variables empleadas para la determinación de estos conceptos, variables que no dependen de la demanda de cada comercializador. Mientras tanto, sobre la segunda liquidación puede solicitarse la modificación de datos diferentes a los que acabo de enunciar, o sea, se puede pedir el cambio sobre las variables que se liquidan en el mercado mayorista con resolución horaria y diaria, y que dependen de la demanda de cada comercializador.

Por su parte, el literal d) del artículo 4 de la Resolución 008 de 2003, obliga al LAC a presentar información completa que contenga el soporte de la facturación de los cargos que liquida.

b) En cuanto al contrato, se encuentra que:

En el contrato de mandato celebrado por esta empresa en calidad de ASIC, se establece que es obligación del mandatario presentar mensualmente o cuando el mandante lo requiera, el estado de cuentas con los respectivos recaudos, pagos realizados, y mora en el pago de las obligaciones por parte de las empresas compradoras.

De manera similar, el contrato de mandato celebrado con el LAC, dispone que el LAC tiene la obligación de suministrar información detallada de los conceptos y valores acreditados a favor del transportador, de permitir a éste el libre acceso a la información, y entregarle mensualmente los estados de cuentas e informes relacionados con la liquidación y administración de cuentas.

c) Custodiar los bienes del mandante que tenga en su poder, enviados por el mandante o recibidos para éste, con ocasión del encargo (art. 1273, inciso 1º, C.Co.).

En referencia al contrato en estudio, en primer lugar, en cuanto a los bienes recibidos para el mandante, esta obligación recae sobre: a) Los dineros que “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC o del LAC, recauda de los agentes del MEM por concepto de las transacciones en la Bolsa de Energía y de los cargos por uso de las redes del STN y de los STR, respectivamente, para ser distribuidos entre los agentes del MEM acreedores de los mismos. Es decir, se trata en este evento de recibir dineros para los mandantes acreedores de dichos conceptos. Pero, como ese recaudo se efectúa a través de las cuentas bancarias habilitadas por aquella empresa, la obligación de custodia se traslada en gran parte al Banco que maneje las cuentas correspondientes, sin relevar a aquella empresa de esta misma obligación en las circunstancias en que a ella corresponda su cumplimiento; b) Los títulos valores que “XM S.A. E.S.P.” tiene en su poder, a través de las

mencionadas dependencias, como garantía a los agentes acreedores -mandantes- del pago de los conceptos mencionados.

En segundo lugar, en cuanto a los bienes entregados por el mandante, esta obligación recae sobre los títulos valores que el mandante, agente del MEM, haya constituido para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en el mercado mayorista, por exigencia del Reglamento de Operación.

d) Tutelar los derechos del mandante en relación con el transportador o terceros (art. 1273, inciso 1º, C.Co.). Una forma de tutelar los derechos del mandante es contratar un seguro, ya sea durante el tiempo en que se deban tener las mercaderías bajo su custodia, o cuando sean despachadas o transportadas al mandante.

En el contrato bajo estudio no es aplicable lo del transportador⁸⁷, pero sí existe la obligación por parte de “XM S.A. E.S.P.”, a través del LAC y del ASIC, de tutelar los derechos que los agentes del MEM tienen en calidad de mandantes. Una forma de manifestarse esta obligación en este caso, es el cobro, incluso judicial, que hace dicha empresa, a través de las dependencias ASIC y LAC, a los agentes del MEM, de los dineros que éstos deben por concepto de las transacciones comerciales de energía en la Bolsa y de los cargos por uso del STN y de los STR, a los otros agentes del MEM, acreedores de estos conceptos. También se manifiesta aquella obligación cuando el ASIC o el LAC, en su caso, hacen efectivas las garantías constituidas por los agentes del MEM, en razón de dichos conceptos, a favor de los agentes del MEM acreedores de los mismos⁸⁸. Sin embargo, se considera por la autora de esta tesis, que en ambos casos, se trata de la misma obligación principal de realizar el encargo, en este caso, el encargo de cobrar las obligaciones de los agentes del MEM que atienden a los conceptos mencionados.

e) En caso de urgencia, vender las cosas que tenga bajo su custodia, en bolsas o martillos (art. 1273, inciso 2º, C.Co.). Esta obligación no es aplicable, ya que el ASIC y el LAC, no tienen en su poder “cosas” de los mandantes.

f) No emplear en sus propios negocios los fondos o dineros que le suministre el mandante, ni darles destino diferente a aquel para el que le fueron entregados. Si

⁸⁷ El concepto que de transportador trae el Código de Comercio es diferente al que trae la regulación de la CREG tratándose del contrato de mandato bajo estudio. En cuanto al Código de Comercio, este regula el transporte terrestre, el aéreo y el marítimo, caso en el que puede hablarse de transporte de cosas o de personas; mientras que la CREG regula el transporte de energía, caso en el que se habla simplemente de transporte de energía. Como en el contexto del contrato en estudio, el mandante no recibe, ni envía, ni tiene mercaderías del mandatario bajo su custodia, no es aplicable lo enunciado en este punto sobre el transportador.

⁸⁸ En el contrato de mandato en estudio, se establece que es obligación del mandatario exigir las garantías financieras, cuando por disposición del Reglamento de Operación se requieran, y, hacerlas efectivas cuando sea del caso.

lo hace, deberá abonar al mandante el interés legal comercial que es el mismo corriente bancario, desde el día que infrinja la prohibición e indemnizará los perjuicios que le cause (art. 1271 C.Co.).

Esta obligación solo es aplicable para el caso del contrato en estudio, respecto de los títulos valores que los agentes del MEM otorgan en calidad de mandantes como garantía del cumplimiento de sus obligaciones en dicho mercado. Así se deduce de la regulación de la CREG y del mismo contrato, al exigir que el manejo de los recursos y cuentas de los agentes, debe hacerse en forma separada de los recursos y cuentas de la empresa, y que los recursos de los agentes no ingresan al patrimonio de ésta.

g) No apropiarse el mayor beneficio ni el menor gravamen (art. 1265 C.Co. y 2173 C.C.).

No es posible, físicamente, aplicar esta obligación al contrato en referencia, porque, para el caso del LAC, los cargos por uso de las redes del STN y de los STR, están regulados por la CREG; y para el caso del ASIC, las variables utilizadas para liquidar y facturar las transacciones comerciales realizadas en la Bolsa de Energía, también están reguladas por la CREG. Es decir, dada esta regulación, no hay manera de que el ASIC o el LAC, se apropien de un mayor beneficio o un menor gravamen.

h) Comunicarle sin demora al mandante, es decir, inmediatamente (el mismo día o a primera hora del día siguiente), el cumplimiento “completo” del encargo (art. 1269, inciso 1º, C.Co.); a menos que las instrucciones del mandante, la costumbre comercial o la naturaleza del negocio determinen cierta periodicidad. Hecha la comunicación por el medio acostumbrado por las partes o por cualquier otro adecuado (art. 845 C.Co.), el mandante deberá formular sus observaciones dentro de un término prudencial (éste depende de la complejidad del negocio encomendado y de los documentos y explicaciones que se den sobre la celebración y ejecución del mismo), pasado el cual su silencio se entiende como aceptación, aunque el mandatario se haya separado de sus instrucciones (art. 1270 C.Co.).

Para el caso del contrato en discusión, se trata de un encargo que se cumple de manera sucesiva, mensualmente. Es decir, cada mes debe realizarse de manera total el encargo, entendiendo que este se ejecuta total y mensualmente una vez se haya hecho la distribución de los dineros recaudados por el ASIC, o en su caso, por el LAC, momento en el cual cada una de estas dependencias debe dar aviso de la consignación a los mandantes, es decir, a los agentes del MEM que sean acreedores de esos dineros. Comunicada la ejecución completa mensual del encargo, el agente no podrá formular ninguna observación sobre su ejecución, pues, como se observa a lo largo de esta tesis de grado, ya se habrán vencido las fechas previstas por la CREG para hacer dichas observaciones.

i) Entregar al mandante todo lo que haya recibido por concepto del mandato, dentro de los tres días siguientes a la fecha de terminación del contrato. Si deja pasar estos tres días sin cumplir con la mencionada obligación, deberá pagar intereses sobre las sumas de dinero que esté obligado a entregar, por la mora correspondiente (art. 1268 C.Co.).

Esta obligación es inaplicable. En primer lugar, porque el contrato en análisis es de término indefinido, y sólo termina por las causales que más adelante se analizarán. En segundo lugar, porque en caso de terminación, habrá que esperar la fecha que dispone la regulación de la CREG para que el ASIC y el LAC, según el caso, realice la liquidación y se la entregue al agente al que se le termina el contrato de mandato; emita y entregue la factura comercial correspondiente; cobre y recaude los dineros por concepto de las obligaciones que constan en dicha factura y; distribuya los dineros recaudados entre todos los agentes del MEM que resulten acreedores. Este proceso, que se realiza mensualmente, no puede adelantarse por la terminación del contrato de mandato de un agente del MEM.

j) No ser contraparte del mandante, salvo expresa autorización de éste (art. 1274 C.Co.). Esto obedece a la contraposición de intereses del mandante y el mandatario. Contraparte es lo mismo que opositor. Se refiere a cualquier negocio o a procesos relacionados con el mandato recibido por el mandatario.

De la misma manera, el artículo 839 del Código de Comercio, al referirse a las prohibiciones a los representantes, estipula:

“No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado.

En ningún caso podrá el representante prevalerse, contra la voluntad del representado, del acto concluido con violación de la anterior prohibición y quedará obligado a indemnizar los perjuicios que le haya causado”.

La anterior disposición parece dar a entender que el representante hace de contraparte del representado, o lo que es lo mismo, contrata consigo mismo, de dos formas: a) En su propio nombre o; b) Como representante de un tercero. Pero, en realidad, si este fuera el sentido de tal disposición, habría que decir que es equívoca, que no es clara o que al menos está mal redactada, porque cuando se es representante de un tercero, la contraparte no es el representante de ese tercero, sino el tercero, pues como lo establece el artículo 833 del Código de Comercio, los efectos de los negocios jurídicos celebrados por el representante dentro del límite de sus poderes, recaen directamente sobre el representado. Significa esto que, esquematizando, si el representante del representado # 1 actúa a su vez como representante del representado # 2 (a este representado, el artículo 839 del Código de Comercio lo llama “tercero”), la contraparte del representado #1 no es su representante, sino el representado # 2, razón por la cual se considera

por la autora de este trabajo, que no podría hablarse en este caso de “autocontratación”. Para que se afirme que existe autocontrato, el representante del representado # 1 debe: a) Contratar en su propio nombre, ya sea que lo haga en su propio interés o en interés de un tercero, y si se trata de este último caso, ya sea que exista o no un contrato de mandato sin representación con ese tercero o; b) Ser representado del representante #2, con quien contrató como representante del representado # 1. Está claro, sin embargo, que decir que el representante hace de contraparte del representado es lo mismo que decir que el representante contrata consigo mismo.

Se preferiría decir entonces que el artículo 839 del Código de Comercio, es una norma que: a) Prohíbe al representante autocontratar: contratar en su propio nombre en condición de contraparte del representado y; b) Prohíbe al representante del representado #1, actuar como representante del representado #2. Ambas prohibiciones, salvo expresa autorización del representado #1. Si esta autorización no existe, el representante no podrá beneficiarse del acto concluido con violación a la prohibición de concluirlo y, tendrá la obligación de indemnizar al representado por los perjuicios que le haya causado.

Pues bien, la situación que se encuentra en el caso del contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, parece ser la expuesta en el literal b) del párrafo inmediatamente anterior, al considerar que cada uno de los contratos de mandato celebrado entre dicha empresa en calidad de ASIC o LAC según el caso, y los agentes del MEM, conlleva la representación, de tal modo que “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o de LAC según el caso, actúa como representante de cada uno de los agentes del MEM, los cuales contratan entre sí.

Sin embargo, aunque todos esos contratos de mandato conlleven la representación, hay que ver caso por caso. Por ejemplo, cuando el ASIC factura a un agente del MEM las compras de energía que éste hizo en la Bolsa, está actuando como representante de los agentes del MEM vendedores de dicha energía, no como representante suyo, pues, para el efecto, ese agente comprador es un tercero, aunque tenga también un contrato de mandato con representación con el ASIC. Pero, el problema resulta cuando acontece que ese agente comprador también es vendedor de energía en Bolsa, en el mismo mes de liquidación y facturación, y resultan compradores uno o más de los pasados vendedores. En este caso, se encuentra que el ASIC es representante de dos contrapartes entre las que puede surgir un conflicto de intereses.

Frente a lo anterior, hay que decir que en este caso es la CREG la que, en su Reglamento de Operación, no solo posibilita, sino que obliga a “XM S.A. E.S.P.”, a actuar como representante de los diversos agentes del MEM que tienen intereses contrapuestos entre sí, pues así organizó la CREG el mercado mayorista. Y los mismos agentes ratifican ello al momento de suscribir el contrato

mencionado. Es la CREG la que prevé que hacer en cada caso. Así, aunque es cierto que “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC y LAC, como mandatario, representa los intereses de sus mandantes y en esta medida debe evitar situaciones que afecten a éstos patrimonialmente, también es cierto, como lo confirma la misma regulación de la CREG y el contrato de mandato, que “XM S.A. E.S.P.” en su calidad de centro nacional de despacho, y por consiguiente en su calidad de ASIC, de LAC, de mandatario, tiene el deber legal de aplicar el Reglamento de Operación, independientemente de que éste, de acuerdo con las apreciaciones de un agente, lo beneficie o perjudique. Así las cosas, “XM S.A. E.S.P.” siempre tratará de evitar situaciones que afecten patrimonialmente a su mandante, pero si la aplicación del Reglamento de Operación da lugar a ello, no por eso dejará de aplicarlo, pues tiene el deber legal de hacerlo. Se genera mayor controversia cuando las normas de la CREG puedan ser interpretadas de una u otra manera, favoreciendo o perjudicando a uno de los agentes del MEM representados, de tal forma que lo que beneficia a uno(s) perjudica a otro(s), es decir, cuando se generan dudas en la interpretación de lo dispuesto por la regulación, y el ASIC o el LAC, la interpreta y aplica en contra de los intereses del mandante.

En todo caso, parece que el sentido de la obligación enunciada es inaplicable en este caso por la naturaleza de este contrato.

k) Si la oferta de mandato se hace a una persona que se ocupa profesionalmente en actividades comprendidas dentro del encargo objeto del mandato, ésta deberá dar aviso, lo más pronto posible, de la aceptación o rechazo, so pena de que su silencio se entienda como aceptación (art. 2151 C.C.). Si esa persona ha manifestado que no acepta el encargo, deberá, en todo caso, asumir una conducta de protección de los intereses del oferente del mandato, y por ello, deberá tomar las medidas conservativas necesarias para la custodia de las cosas que le sean expedidas por cuenta de éste, y tutelar los derechos de éste en relación con el transportador o terceros, sin que esto signifique aceptación tácita del mandato (art. 1275 que remite al art.1273, C.Co.).

En el contrato de mandato objeto de la presente tesis, no es aplicable la mencionada obligación, pues aunque la oferta de mandato se hace en este caso a una persona jurídica -“XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o de LAC- que se dedica profesionalmente a las actividades a encargar por el mandatante, esta persona no tiene la posibilidad de aceptar o rechazar el encargo, sino que está obligada por la regulación de la CREG, a aceptarlo una vez el agente cumpla con los requisitos previstos en dicha regulación. Además dicha aceptación, como se verá, deberá manifestarse por escrito, pues se trata en este caso de un contrato de mandato solemne, razón por la cual, el silencio del supuesto mandatario no puede entenderse como aceptación que configure el perfeccionamiento del contrato.

4.4.2 Obligaciones del mandante

4.4.2.1 Obligación principal

Pagar al mandatario la remuneración estipulada, a falta de ésta, la usual para esta clase de negocios, o, por último, la que fijen los peritos.

Esta obligación es claramente aplicable al contrato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de ASIC o LAC, y los agentes del MEM, y la remuneración por los servicios prestados por el LAC y por el ASIC, es determinada por la CREG.

4.4.2.2 Obligaciones paralelas y complementarias

Las siguientes obligaciones que según el artículo 2184 del Código Civil, tiene el mandante en el mandato civil, son aplicables en toda su extensión al mandato mercantil:

a) Proveer al mandatario lo necesario para la ejecución del mandato. Al respecto, el artículo 1286 del Código de Comercio establece: *“Cuando el mandatario requiera provisión de fondos y el mandante no la hubiere verificado en cantidad suficiente, el mandatario podrá renunciar a su encargo o suspender su ejecución”*.

Esta obligación es aplicable al contrato de mandato en referencia, pero no refiriéndose a una provisión de fondos, sino a una serie de obligaciones del mandante que la CREG ha considerado necesarias para que el mandatario pueda ejecutar el mandato, y que pueden agruparse en dos:

En primer lugar, se encuentra la obligación de suministro de información. En segundo lugar, se encuentra la obligación del mandante de constituir las garantías cuando por disposición del Reglamento de Operación se requiera.

Se considera que en la obligación de suministro de información pueden agruparse todas las obligaciones que según la cláusula tercera del contrato tiene el mandante, a excepción de la obligación de constituir las garantías. Así, la obligación que tiene el mandante de suministrar información abarca la obligación de:

- Registrarse como agente del MEM ante el ASIC.
- Registrar ante el ASIC los contratos de energía a largo plazo que haya celebrado con otro agente del MEM, y para que este registro sea procedente, estos contratos deben contener la información que ya mencioné al referirme a éstos. Además, una vez registrados, el mandante debe informar las modificaciones que realicen sobre los mismos, y dar aviso previo sobre la

terminación o prórroga de éstos, como ya lo mencioné al referirme a dichos contratos.

- Informar el nombre, identificación tributaria, si es autorretenedor.
- Suministrar al ASIC, en general, toda aquella información exigida por la CREG y que éste requiera para la liquidación, facturación y recaudo de los dineros que resulten de las transacciones que corresponden a los agentes, como el suministro de la información de las mediciones de energía en sus fronteras comerciales de acuerdo a lo establecido en el Código de Redes, por los medios de comunicación definidos por el ASIC. Así:
 - ❖ Los comercializadores deben: a) Presentar la información de curvas típicas de demanda a nivel horario en la forma solicitada por el ASIC, cada vez que se presenten cambios significativos o cuando se efectúen nuevas mediciones; b) Reportar diariamente al ASIC, la demanda horaria en cada una de sus fronteras correspondiente al día anterior, antes de las 16 horas del día en curso, medida en los contadores que para el efecto se tienen dispuestos en sus fronteras.
 - ❖ Los generadores deben reportar diariamente al ASIC la generación horaria de cada una de sus plantas hidráulicas y de las unidades térmicas correspondientes al día anterior, ante de las 8 horas del día en curso, medida en los contadores que para el efecto se tienen dispuestos en sus fronteras.

Para poder cumplir con esta obligación de información, la CREG establece en el artículo 10 de la misma Resolución, unas obligaciones complementarias, que consisten en que cada agente debe contar con:

- ❖ Un sistema de medición comercial, destinado a la medición, registro y transmisión de la información necesaria para la liquidación de las transacciones que se realizan en el MEM. Se refiere a las fronteras comerciales en el mercado mayorista, que son el punto de conexión de generadores y comercializadores a las redes del STN y de los STR O SDL, y el punto de medición.
- ❖ Un sistema de comunicaciones que soporte al sistema de medición comercial, es decir, conteniendo enlaces de voz, datos y facsímil.

Adicionalmente, entre otras cosas, estos sistemas deben contar con las condiciones técnicas y con los métodos alternativos de respaldo definidos en el Código de Redes.

Es a esta última obligación de información a la que se refiere una de las cláusulas del contrato de mandato en estudio, cuando establece que es

obligación del mandante “*suministrar al ASIC la información que éste requiera para la liquidación, facturación y recaudo de dineros que resulten de las transacciones que correspondan a los agentes*”. Pero, como ya se dijo y se hizo, se considera que esta obligación engloba gran parte de las obligaciones del mandante enunciadas expresamente en el contrato de mandato en referencia de modo separado como si se tratara de obligaciones diferentes.

Para que pueda observarse cómo se enumeran las obligaciones del mandante en el contrato de mandato en referencia, éste lo hace de la siguiente manera en su cláusula tercera:

Cláusula tercera: Obligaciones del mandante:

1. Registrarse como agente del Mercado Mayorista de Energía ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.
2. Registrar ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales los contratos de suministro o compraventa de energía en el mercado mayorista de energía, celebrados por él con otra empresa registrada ante el SIC.
3. Suministrar al ASIC la información que éste requiera para la liquidación, facturación y recaudo de los dineros que resulten de las transacciones que correspondan a los agentes.
4. Informar las modificaciones que se presenten en los contratos de energía, registrados ante el ASIC.
5. Dar aviso previo sobre la terminación o prórroga de los diferentes contratos del mercado mayorista que se hayan efectuado entre comercializadores y generadores, para el suministro de energía eléctrica.
6. Informar el nombre, identificación tributaria, si es autorretenedor y todos aquellos datos necesarios para que el mandatario pueda realizar a cabalidad sus funciones.
7. Suministrar la información de las mediciones de energía en sus fronteras comerciales de acuerdo a lo establecido en el Código de Redes, por los medios de comunicación definidos por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.
8. Constituir las garantías cuando por disposición del Reglamento de Operación se requiera.

b) Reembolsar al mandatario los gastos razonables causados por la ejecución del mandato.

Los únicos gastos razonables que puede hacer “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC o del LAC, como mandatario, para el cumplimiento del mandato, son aquellos previstos y regulados por la CREG, bajo el concepto de ingresos regulados, y que por esta razón hacen parte de la remuneración al mandatario, de

tal modo que no se trata de una obligación complementaria, sino de la misma obligación principal del mandante. Esto, con la salvedad de que la CREG prevé gastos que realiza el mandatario y cuyo reembolso no está a cargo del mandante, sino de otro agente del MEM. Por ejemplo, de acuerdo con el numeral 3.2.4., del Anexo B de la Resolución 024 de 1995, los gastos en que “XM S.A. E.S.P.” incurra para el cobro efectivo -acciones legales- de las obligaciones pendientes, deberán ser reembolsados por la empresa incumplida.

c) Pagar las anticipaciones en dinero hechas por el mandatario (empleo que éste hace de su propio dinero en beneficio del mandante, privándose el mandatario de su renta o interés), con los respectivos intereses corrientes, desde el día del anticipo. Se aclara que el mandatario tiene la facultad de realizar o no anticipaciones, salvo que se haya pactado el deber de hacerlas (art. 1286 C.Co.).

Esta obligación es inaplicable porque “XM S.A. E.S.P.”, no tiene que invertir su propio dinero para ejecutar su encargo, ni efectivamente lo hace.

d) Indemnizar los perjuicios o pérdidas sufridas sin culpa del mandatario por causa del mandato.

Esta obligación es difícilmente aplicable en el mandato bajo estudio, por cuanto el mandatario es una persona jurídica y no una persona natural.

4.5 DERECHOS DEL MANDATARIO EN EL CONTRATO DE MANDATO COMERCIAL Y SU COMPARACIÓN CON EL CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO ENTRE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” Y LOS AGENTES DEL MEM

a) Derecho de compensar: El mandatario tiene derecho a pagarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado, con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante, y con la misma preferencia que tienen legalmente los salarios y demás prestaciones laborales (art. 1277 C. Co.). Esto, más que un derecho de retención o preferencia, es un mecanismo de imputación directa a la obligación del mandante de los dineros que tenga el mandatario en razón de la gestión encomendada.

La CREG establece en su regulación que el ASIC y el LAC, deducen sus créditos por concepto de los servicios que prestan, de los pagos que realicen los agentes del MEM. Es decir, en estos pagos va incluido el pago de sus servicios.

b) Derecho de retener: Para seguridad de las prestaciones que le deba el mandante por causa del contrato de mandato (la existencia de la obligación debe

ser indudable, aunque actualmente se ignore su cuantía), y sin necesidad de que la obligación a cargo del mandante sea clara, expresa y actualmente exigible, el mandatario puede retener los bienes -diferentes de dinero- que se le hayan entregado por cuenta de aquél (art. 2188 C.C.).

Este derecho es inaplicable por imposibilidad física, pues en ningún caso, “XM S.A. E.S.P.”, tiene en su poder, bienes del mandante, diferentes de dinero, salvo los títulos valores que el mandante haya entregado como garantía de sus obligaciones con el MEM.

c) Facultad de renunciar.

Esta facultad, como se verá en el tema de las causales de terminación del contrato en cuestión, es inaplicable.

d) Facultad de delegar el encargo, si no se le ha prohibido por el mandante o por la ley (art. 2161 C.C.).

Esta facultad es también inaplicable, porque por disposición de la ley y de la regulación, se trata de un encargo que sólo puede ser cumplido por “XM S.A. E.S.P.”, a través de sus dependencias, ASIC y LAC.

4.6 CLASIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.” COMO MANDATARIO, Y DE LOS AGENTES DEL MEM COMO MANDANTES

Con la finalidad de saber para qué se utiliza en Colombia la clasificación de las obligaciones entre obligaciones de medios y de resultados, y ante la dificultad que se presenta para establecer si la obligación principal de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, en calidad de mandatario, es de medios o de resultado, se hará una breve referencia a dicha clasificación.

4.6.1 Obligaciones de medios y de resultado

La clasificación de las obligaciones en de medios y de resultados fue propuesta por el francés Demogue en 1928 para saber cuándo se ha cumplido o no una obligación contractual y para determinar las diferencias de régimen jurídico de la responsabilidad del deudor de una obligación contractual, según que esta sea de medios o de resultado, determinando en cada caso cuál es la carga de la prueba. Sin embargo, en Colombia, dicha clasificación sólo es relevante para efectos de establecer si se incumplió o no con la obligación contractual, de tal modo que:

a) Si la obligación es de medios, ésta se incumple cuando no ha empleado los medios idóneos para lograr el resultado, teniendo la debida diligencia y cuidado, que corresponde a la exigida convencionalmente y, a falta de convención, por la ley según el interés que reporte el contrato a las partes. En las obligaciones de medios, si bien el acreedor tiene interés en que el deudor logre un resultado, éste no se compromete a satisfacer dicho interés, es decir, a lograr el resultado querido por el acreedor, sino a desplegar los medios necesarios para alcanzar ese resultado, es decir, a actuar con la debida diligencia;

b) Si la obligación es de resultado, ésta se incumple si el deudor no logra el resultado prometido, pues las obligaciones de resultado son aquellas en las que se exige al deudor un resultado preciso, por cuanto éste se ha comprometido a alcanzarlo.

El criterio principalmente utilizado para hacer esta distinción es el aleas del resultado. Si hay aleas, la obligación será de medios. Otro criterio es la participación del acreedor más o menos activa para la obtención del resultado por parte del deudor, de tal modo que si el acreedor participa activamente para el logro del resultado, la obligación es de medios, mientras que si su participación es pasiva (no tiene que hacer nada), la obligación es de resultado. Sin embargo, estos criterios son orientadores y no completamente ciertos.

En Colombia, ya se trate de una obligación de medios o de resultado, impera la concepción clásica latina de la responsabilidad subjetiva, que es aquella conforme con la cual, no hay responsabilidad sin culpa o dolo de parte del deudor⁸⁹. Así se deduce del artículo 1604 del Código Civil. Solo excepcionalmente, y por ende, para casos concretos, como en el del contrato de transporte⁹⁰, la ley establece el sistema de la responsabilidad objetiva, caso en el cual, una vez probado el incumplimiento de la obligación del deudor, se presume su responsabilidad y éste sólo podrá exonerarse de la misma, probando una causa extraña que le haya imposibilitado cumplir.

Las consecuencias que se derivan de aplicar en Colombia la tesis de la responsabilidad subjetiva, es que, ya sea que la obligación sea de medios o de resultado, el deudor siempre puede exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó con la debida diligencia y cuidado, o probando que aconteció una causa extraña que le impidió cumplir con su obligación.

En Colombia, la regla general es la presunción de culpa del deudor, casos en los que al acreedor solo le corresponde probar la existencia de la obligación y afirmar

⁸⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 7 ed. Bogotá : Temis, 2001. p. 117. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. 2 ed. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003. Tomo I, p. 243

⁹⁰ Artículo 992 del Código de Comercio.

el incumplimiento para que opere la presunción de culpa. Sólo excepcionalmente no se presume la culpa del deudor, exigiendo al acreedor su prueba, caso en el que el acreedor debe probar entonces la existencia de la obligación, afirmar el incumplimiento y probar la culpa del deudor. Esto sucede en el contrato de mandato, pues así lo dispone el inciso 2º del artículo 2184 del Código Civil, cuando establece: *“No podrá el mandante disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa”*.

Esta norma quiere decir que en el contrato de mandato ninguna de las prestaciones a cargo del mandante está supeditada al buen éxito de la gestión del mandatario, ya que, salvo pacto expreso, el mandatario no está obligado al resultado, sino a prestar un servicio con la especial diligencia de un buen padre de familia.

En otros países, la responsabilidad subjetiva es consecuencia de haber clasificado la obligación como de medios y no de resultado, es decir, primero se distingue si se trata de una obligación de medios o de resultado, para ver si de su incumplimiento deviene, una responsabilidad subjetiva en el primer caso, y objetiva en el segundo. La consecuencia de esto es que si la obligación es de medios, el deudor puede exonerarse probando que empleó la debida diligencia o cuidado -porque el deudor no asume responsabilidad por el mero hecho de que el resultado no se logre-, o probando una causa extraña; mientras que si la obligación es de resultado, su incumplimiento hace presumir la responsabilidad del deudor y éste sólo se exonera probando la causa extraña. De este modo, en la responsabilidad subjetiva es necesario realizar un juicio de valor sobre la conducta del deudor, mientras que en la responsabilidad objetiva no, porque la culpa no es condición de su responsabilidad.

4.6.2 Clasificación de la obligación principal de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, como mandatario

La obligación principal que tiene “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC y en su caso del LAC, como mandatario, es una obligación:

- a) De hacer: Porque la obligación de hacer es aquella que consiste en la ejecución de un acto positivo diferente de dar, como sucede en el contrato de mandato con la obligación principal del mandatario, que consiste en realizar el encargo. En este caso el encargo consiste en prestar el servicio de liquidar, facturar, cobrar y recaudar, y distribuir los dineros recaudados, por razón de los conceptos que antes enuncié. El servicio de distribuir constituye simultáneamente una obligación de entregar.

- b) De medios: “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de mandatario, tiene una obligación de medios, pues como se dijo anteriormente, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2184 del Código Civil, en el contrato de mandato el mandatario no está obligado al resultado, sino a emplear la diligencia de un buen padre de familia para prestar un servicio -realizar un encargo-, salvo que se pacte expresamente lo contrario, pacto que no se hace en el contrato de mandato en referencia. Esta idea se refuerza al analizar los criterios que se utilizan para distinguir entre obligaciones de medios y de resultado, respecto de la obligación principal de aquella empresa como mandataria, pues se encuentra que la participación del acreedor -los agentes del MEM- es activa -deben suministrar la información sin la cual no es posible realizar el encargo de liquidación, facturación, cobro, recaudo y distribución- para lograr el resultado -realizar esos encargos- por parte del mandatario.

Como se trata de una obligación de medios, ésta se incumple si el ASIC, y en su caso el LAC, no emplearon los medios necesarios para realizar su encargo, actuando con la debida diligencia y cuidado, que por ser un contrato de mandato oneroso, es aquella diligencia que emplea un buen padre de familia, es decir, la mediana diligencia. Pero, como esto de la mediana diligencia resulta bastante confuso, es mejor decir que dichas dependencias actúan con la debida diligencia si emplean todos los medios que les ordena la CREG para realizar cada uno de los encargos que tienen a su cargo.

Por ejemplo, en lo que se refiere al cobro que hace el ASIC y el LAC a los agentes del MEM, la debida diligencia, es decir, los medios que deben emplear dichas dependencias para el cobro, acorde con la regulación de la CREG y el mismo contrato de mandato, son el envío de la orden de pago al agente deudor, el acto de hacer efectivas las garantías si el agente deudor no paga a tiempo, la interposición de las acciones judiciales que sean necesarias para exigir el cumplimiento de la obligación del agente.

- c) A plazo suspensivo: Porque la regulación de la CREG establece plazos para que el mandatario realice cada uno de los encargos de liquidación, facturación y distribución de los dineros recaudados, de modo que vencido cada plazo, se hace exigible el cumplimiento del encargo correspondiente.

El plazo para liquidar y facturar no lo estableció la CREG a favor de alguna de las partes del contrato de mandato, sino por cuestión de organizar el mercado, de manera que ninguna de las partes, ni siquiera de mutuo acuerdo, pueden renunciar a dicho plazo ni prorrogarlo, lo cual significa que el ASIC y el LAC, deben realizar las liquidaciones y facturaciones correspondientes, estrictamente dentro del plazo señalado por la CREG, es decir, ni antes de que empiece a correr el plazo ni después de que haya vencido, sino durante el mismo.

El plazo para que el ASIC y el LAC realicen la distribución de los dineros recaudados, es en interés de los acreedores de dichos dineros, entre los cuales se encuentran aquellas dependencias por los servicios prestados por éstas, razón por la cual se diría que su prórroga sólo es posible por mutuo acuerdo entre todos los acreedores. Por su parte, la renuncia al plazo sería físicamente imposible porque la renuncia implicaría distribuir los dineros antes del plazo, cuando en realidad el plazo empieza a correr al día siguiente de la consignación correspondiente, y sin consignación no hay dinero que distribuir (por algo se habla de distribución de dineros recaudados). En todo caso, lo cierto es que no es posible ni la prórroga ni la renuncia, ya que el plazo para distribuir los dineros recaudados, fue establecido por la CREG, a fin de organizar el funcionamiento del MEM, y permitir dicha prórroga o renuncia, implica desorganizarlo. Además, la regulación de la CREG es de obligatorio cumplimiento, las normas que establecen dicho plazo son imperativas. De aquí que la misma regulación de la CREG, disponga que si el ASIC y el LAC no distribuyen, dentro del plazo previsto, los dineros recaudados por causas imputables a su gestión, tendrán que reconocer intereses moratorios a los acreedores.

- d) De género: Como el dinero es el objeto de la obligación de hacer que consiste en la actividad o servicio de recaudar y distribuir, se trata de una obligación de género, pues el dinero es el género por excelencia. En este caso, esta calificación no es relevante, pero sí vale la pena aclarar que, en principio, sobre los géneros no cabe ningún deber de conservación, lo cual no es aplicable para el caso objeto de estudio, pues "XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P." en calidad de mandatario tiene el deber de conservar esos dineros en cuanto ello esté a su alcance, aunque dicho deber recaiga en gran parte sobre el Banco en el que se tienen las cuentas bancarias a través de las cuales se recaudan los dineros.

4.6.3 Clasificación de la obligación principal de los agentes del MEM, como mandantes

La obligación principal que tienen los agentes del MEM, como mandantes, es una obligación:

- a) De dar: Porque consiste en transferir al mandatario el derecho real de dominio (traditar) sobre una suma de dinero. En este caso, la calificación de la obligación como de dar, es importante para determinar que se trata de una obligación de resultado.
- b) De resultado: Porque toda obligación de dar es obligación de resultado. En este evento, es importante identificar esta calificación de la obligación, para cuando se incumple la misma, más no para saber cómo se exonera el deudor,

pues en este caso, ello lo determina el ser una obligación de género y no una obligación de resultado.

- c) A plazo suspensivo: Porque la CREG establece un plazo para cumplir con la obligación, vencido el cual, ésta se hace exigible y se generan intereses moratorios. Este plazo, aunque es a favor del deudor, es imposible físicamente que este renuncie a aquel, pagando antes de que empiece a correr, ya que el plazo empieza a correr con la emisión y entrega de la factura y sólo con ésta se tiene conocimiento de cuánto se debe.
- d) De género: Porque recae sobre una suma de dinero. Como se trata de una obligación de dar una suma de dinero, aquí se explica en toda su extensión la afirmación según la cual “el dinero nunca perece”, de tal modo que siempre existirá la obligación de pagar esa suma de dinero, sin que ésta pueda extinguirse por pérdida del dinero con el que se diga se que se pagaría la obligación. Es decir, así se trate de una obligación de resultado, como se trata de una obligación pecuniaria y el dinero nunca perece, el deudor no se exonera de responsabilidad, ni probando que empleó la debida diligencia y cuidado, ni probando causa extraña. No obstante, si hay retardo en la transferencia de este dinero, es decir, se transfirió el dinero tardíamente, el deudor puede exonerarse probando causa extraña.

4.7. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

De las diferentes clasificaciones que el contrato establece la legislación civil y la doctrina, se mencionarán todas las que sean necesarias para comparar el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, y el contrato de mandato mercantil, con el objetivo de observar si este último admite las clasificaciones que aquel recibe. Adicionalmente, se analizarán las que, quien es la autora de esta tesis, califica de relevantes en consideración al contrato de mandato con representación celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, por los posibles efectos que ello puede acarrear. Éste, se caracteriza por ser un contrato:

4.7.1 Forzoso o impuesto, y completamente dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado, o lo que es lo mismo, forzoso heterodoxo

Tras la crisis del sistema liberal, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, después de la primera guerra mundial, con la aparición del Estado Social de Derecho y la economía dirigida, se dio una creciente intervención del Estado en la actividad económica y el Derecho se torna menos individualista, cediendo ante las

necesidades sociales. El contrato, fenómeno privado e individual, pasa a ser un fenómeno social, que interesa no sólo a quienes lo convienen, sino también al Estado. Se considera que el contrato y los contratantes cumplen una función social, debido a que el contrato es el instrumento fundamental que tienen los individuos para atender sus diferentes necesidades y requerimientos. Se concibe que para dirigir la economía es necesario dirigir las relaciones contractuales porque las riquezas circulan y se distribuyen mediante los contratos que constantemente se celebran para el funcionamiento de las actividades económicas. Nacen así las modalidades contractuales mencionadas, que llevaron consigo el debilitamiento de los postulados fundamentales del liberalismo, entre éstos la autonomía de la voluntad y con ésta, la libertad contractual. La finalidad de estas modalidades contractuales es entonces, proteger el interés público o intereses conexos con la dirección pública de la economía.

La doctrina denomina “contrato forzoso o impuesto” a aquel que una sola parte o ambos contratantes están obligados a celebrar por imposición de la ley o norma administrativa, privándolo(s) de la libertad de elección entre contratar y no contratar, limitando así la autonomía contractual. En la doctrina alemana se conoce como “contratación coactiva”⁹¹.

Con frecuencia, los contratos impuestos son contratos dictados, a fin de evitar el abuso del poder económico y garantizar la igualdad de trato.

El “contrato dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado”, es aquel en que el legislador u otras autoridades públicas imponen la persona del cocontratante a uno o a ambos contratantes, o/y, impone, o lo que es lo mismo, reglamenta, total o parcialmente -por lo menos respecto de determinadas cláusulas- las condiciones del contrato (la forma de celebrarlo, el precio, la duración, la forma de pago, los plazos, etc.), conformadas por un conjunto de reglas imperativas, obligatorias, de orden público, que se insertan automáticamente en el contrato. Se limita así la autonomía contractual en cuanto a la libertad de elegir al cocontratante (se limita la autonomía contractual de uno de los contratantes, si sólo a éste se le impone la persona del cocontratante, o de ambos contratantes si a ambos se le impone el cocontratante) o en cuanto a la libre configuración interna

⁹¹ Sobre los contratos forzosos o deber de contratar, puede consultarse: O'CALLAGHAN, Xavier. Compendio de Derecho Civil. 2 ed. Madrid : Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, 1994. Tomo II, v. 1, p. 268-269 y 302. CALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó, y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1992. p. 75-76. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, de Italia. Derecho Civil. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1995. v. 2, Tomo I, p. 632-639. REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con Cláusulas predispuestas : Condiciones Negociales Generales. Buenos Aires: Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, 1987. p. 256-260. AGUAD D., Alejandra. Teoría General del Contrato: III Parte, Categorías Contractuales [Documento electrónico]. Chile: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s.f. p. 5-6. http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/categorias_contractuales.PDF

o determinación libre del contenido del contrato (se limita la autonomía contractual de ambos contratantes).

Se encuentra en la doctrina⁹² que el contrato forzoso se ha clasificado tradicionalmente en:

- a) Contrato forzoso ortodoxo: Es aquel que se forma en dos etapas. En una primera, se encuentra el mandato de autoridad que exige contratar, razón por la cual se afirma que en esta etapa no hay voluntad. En una segunda etapa, el obligado a contratar procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo elegir a la contraparte y discutir el contenido negocial, razón por la cual se sostiene que en esta etapa la autonomía de la voluntad se manifiesta en alguna medida.
- b) Contrato forzoso heterodoxo: En éste existe una total pérdida de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, ya que el vínculo jurídico, las partes y el contenido del negocio vienen impuestos de una sola vez por un acto de autoridad, es decir, la relación jurídica completa es impuesta desde fuera de la voluntad. A modo de ver de la autora de este trabajo de grado, significa que además de tratarse de un contrato forzoso, es también un contrato totalmente dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado⁹³ por el legislador u otras autoridades públicas, quien ha impuesto la persona del cocontratante y ha determinado totalmente el contenido del contrato, a través de normas jurídicas de orden público, no de reglas de naturaleza contractual.

De acuerdo con esta clasificación, el contrato de mandato con representación entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es un contrato forzoso heterodoxo, o lo que es lo mismo, un contrato forzoso o impuesto y dictado total y absolutamente. Forzoso, en la medida en que la CREG, autoridad administrativa, impone su celebración; y heterodoxo o dictado, en el sentido de que dicha celebración se impone a las partes por ella determinadas, y en los términos que ella señala en el reglamento de operación.

Los comercializadores, y los generadores que se conecten al sistema interconectado nacional, por disposición de la Resolución CREG-054 de 1994, artículo 4⁹⁴ y Resolución CREG-055 de 1994, artículo 4⁹⁵, respectivamente, están

⁹² AGUAD D., Alejandra. Teoría General del Contrato: III Parte, Categorías Contractuales [Documento electrónico]. Chile: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s.f. p. 5-6. http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/categorias_contractuales.PDF

⁹³ Todas estas acepciones son equivalentes en clave de una intervención absoluta del contenido por parte del tercero.

⁹⁴ “**Artículo 4. Participación en el mercado mayorista.** “*Quienes presten el servicio de comercialización de energía estarán obligados a realizar las transacciones de compra de la energía que requieran en el mercado mayorista de energía, y se sujetarán al Reglamento de Operación y a los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.*”

obligados a participar en el mercado mayorista de energía. Para participar en este mercado, deben, como lo indica el literal b) del artículo 6 de la Resolución CREG-024 de 1995, registrarse ante el ASIC como agente de dicho mercado, y para este registro, se requiere, entre otras cosas, que cada agente celebre un contrato de mandato con el ASIC, por imposición del literal d) del artículo 11 de la misma resolución.

De la misma manera, para su registro, los transmisores nacionales y los operadores de red, deben, entre otras cosas, celebrar un contrato de mandato con el LAC, por disposición de la misma norma acabada de citar, y del literal c) del artículo 23 de la Resolución CREG-008 de 2003.

Así, las disposiciones recientemente citadas dan cuenta de la obligación que, por imposición de la CREG, tienen los agentes del MEM de celebrar cada uno un contrato de mandato con “XM S.A. E.S.P.”, empresa de la que hacen parte las dependencias ASIC y LAC, a través de las cuales se celebran los diferentes contratos de mandato.

Pero, la obligación de celebrar dicho contrato de mandato no es sólo de los agentes del MEM, sino también de “XM S.A. E.S.P.”, y en su caso, de sus dependencias ASIC y LAC. Esto se deduce de la regulación de la CREG, por cuanto el objeto del contrato en mención es la razón por la cual dicha regulación determinó la creación de aquellas dependencias, es decir, éstas se crearon para cumplir ese objeto; porque ese objeto corresponde a la forma de administrar el mercado de energía mayorista, función que como ya se señaló anteriormente, fue asignada por la ley, exclusivamente, a la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, en su calidad de centro nacional de despacho. En otras palabras, esta empresa tiene el monopolio legal en el servicio público que presta y por esto está obligada a celebrar dicho contrato.

Se da cuenta así que la CREG impone la celebración del contrato de mandato y las partes que lo deben celebrar. Y, como se observa a lo largo del desarrollo de este trabajo de grado, la CREG también determina, mediante las resoluciones que componen el reglamento de operación, la forma en que debe celebrarse aquel contrato, su objeto, la forma en que debe ejecutarse este objeto, las obligaciones de ambas partes, la duración del contrato, las causales de su terminación, en fin, hasta agotar casi por completo el contenido del contrato, pues sólo le son aplicables las

(...). (lo subrayado es extratexto)

⁹⁵ “**Artículo 4. Obligación de vincularse al sistema interconectado.** Todos los generadores que se conecten al sistema interconectado nacional realizarán en el mercado mayorista de energía las transacciones de venta y compra de la energía que producen o que requieran, y se sujetarán al Reglamento de Operación y a los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.
(...). (lo subrayado es extratexto)

normas del Código de Comercio que resulten compatibles y que como se verá no son muchas. Esto se debe a que de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 167, y el literal c) del artículo 74.1 de la ley 142 de 1994, ISA en su calidad de centro nacional de despacho, tiene la obligación legal de administrar el mercado mayorista de energía con sujeción a las normas del reglamento de operación que dicte la CREG, sin que pueda sustraerse o cumplirse en forma diferente a como ella lo establece (y a partir de octubre de 2005, como ya se indicó al inicio de esta investigación, corresponde esta función a “XM S.A. E.S.P.”).

Así, para hacer uso de la facultad legal de regular el funcionamiento del MEM, la CREG eligió el contrato de mandato con representación regulado en el Código de Comercio. Se trata de una elección, no de una creación, pues como se dijo anteriormente, la CREG no legisla, sino que regula, en este caso, aplicando y desarrollando la ley mercantil. Una vez la CREG ha hecho esta elección, hace uso efectivo de la facultad de regular el funcionamiento del MEM, creando o dictando normas de carácter particular por medio de las cuales establece el contenido - cláusulas- de aquel contrato, siendo este contenido configurativo de los elementos de la esencia del contrato, los cuales, así no se mencionen expresamente en éste, se insertan automáticamente en el mismo por tratarse de un contrato forzoso heterodoxo.

Sobre la competencia de la CREG para imponer y regular el contrato de mandato en cuestión, se hizo referencia en el último punto del primer capítulo. De acuerdo con esta competencia, la finalidad general de la CREG, con la imposición y regulación de este contrato es regular el funcionamiento del mercado de energía mayorista. Pero, se encuentra que cada regulación que hace la CREG del contrato de mandato, tiene un objetivo particular. A modo de ejemplo, cuando la CREG impone la celebración del contrato, su objetivo es que los generadores, comercializadores y transmisores, de grandes bloques de energía eléctrica, participen en el mercado de energía mayorista, para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, finalidad también de la CREG⁹⁶, y en esta medida, proteger el interés general de todos los usuarios del servicio público de energía eléctrica; Cuando se regula cómo el ASIC y el LAC deben liquidar y facturar los conceptos que a cada uno corresponde, recaudar los dineros correspondientes y distribuirlos entre los agentes acreedores, se pretende evitar el abuso del poder económico por parte de la empresa a la que pertenecen estas dependencias, e incluso, de los agentes del MEM, y garantizar la igualdad de trato entre éstos.

Es así como la CREG concilia, por una parte, entre los agentes del MEM, el interés privado de cada uno de ellos, y por otra parte, el interés privado de los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.”, con el interés general de los usuarios del servicio público de energía eléctrica. Esto, porque la ley y la CREG tienen presente que, de acuerdo

⁹⁶ Esta es finalidad de la CREG de conformidad con el literal a) del artículo 74. 1 de la Ley 142 de 1994, y literal a) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994.

con la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho y no sólo un régimen político y económico que reconoce la propiedad privada; que es deber del Estado garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; que la propiedad cumple una función social⁹⁷ y que la función social de la propiedad privada es clara cuando se trata de la prestación de un servicio público, caso en el que no se parte del individuo sino de la sociedad, es decir, pesa más el interés general de toda una comunidad que necesita de dicho servicio, que el del prestador del mismo, y como está visto que los individuos al contratar sólo miran el suyo propio, prescindiendo de la conveniencia de la colectividad y sin considerar al otro contratante, resulta necesaria la intervención estatal, pues dejar a los individuos en absoluta libertad para que contraten, se presta para abusos e injusticias, lo cual puede repercutir tarde o temprano en la colectividad, y es deber del Estado evitar estos abusos e injusticias. Se crea así una tensión entre la libertad contractual de los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.” y el interés general, y aquella cede ante éste, aniquilándose, lo cual no significa que se esté sacrificando el interés privado -gran acicate de la producción- de aquellos, pues en todo caso, ambos son remunerados por sus actividades. Desde este punto de vista, la libertad contractual no es indispensable para el desarrollo del comercio del servicio público de energía eléctrica⁹⁸.

Pero, ¿Tendrá sentido hablar de contrato cuando se trata de un contrato forzoso, y aún más, de un contrato forzoso heterodoxo, “contrato” en el que no existe la libertad contractual, pues no hay libertad para decidir si se estipula o no el contrato, ni para elegir el cocontratante, ni para discutir y determinar el contenido del contrato (el tipo contractual, la forma, el objeto, el conjunto de obligaciones y derechos recíprocos, sus efectos), ni para obrar por medio de sustitutos, ni para insertar en el negocio elementos accidentales, como sucede con el contrato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM? ¿Es el denominado “contrato de mandato” celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, un contrato?

Para resolver este interrogante hay que, en primer lugar, tener en cuenta la definición que de contrato trae el artículo 864 del Código de Comercio, así: “*Art. 864.- El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...*”.

En segundo lugar, habrá que solucionar los siguientes interrogantes: Siendo el “contrato” entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, un “contrato” al que le es aplicable el Código de Comercio, ¿Cumple con el elemento esencial llamado literalmente “acuerdo” que exige este Código para poder ser un contrato? ¿El término “acuerdo” implica intención, querer, voluntad, o por el contrario, puede

⁹⁷ El artículo 58 de la Constitución, consagra el principio fundamental de la propiedad-función social.

⁹⁸ Al respecto, el artículo 333 de la Constitución consagra que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”.

haber “acuerdo” sin voluntad, porque existe la obligación de realizar ese “acuerdo”?

Ante el vacío legal de lo que significa ese “acuerdo”, en virtud de la remisión que hace el artículo 822 del Código de Comercio al Código Civil, parece que la solución correcta y más coherente para defender la posición según la cual el denominado “contrato de mandato” celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es un verdadero contrato, es aplicar el artículo 1495 del Código Civil que simplemente define el contrato como *“el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, entendiendo así que “el acuerdo” es el acto de obligarse de cada una de las partes del contrato, independientemente de que se tenga intención de obligarse y sin importar que la decisión de obligarse se tome porque un acto de autoridad legítima así lo imponga, como en el caso de aquel contrato de mandato.

Sin embargo, algunos podrán reaccionar diciendo que ese “acto” al que se refiere el Código Civil al definir el “contrato” es un acto de voluntad, queriendo decir que el contrato es un acto de voluntad, de querer obligarse, de manera que si existe la obligación de “contratar” no habrá “contrato”, debido a que en este caso se contrata porque se tiene la obligación de hacerlo, independientemente de que simultáneamente se quiera o no contratar, es decir, cuando existe obligación de contratar no es relevante la intención o voluntad de hacerlo. Y el contrato es un acto de voluntad de obligarse porque de él surgen obligaciones, y la fuente de éstas, como lo sostiene el artículo 1494 del Código Civil sólo puede ser: el concurso real de voluntades de dos o más personas, un hecho voluntario de la persona que se obliga, un hecho que ha inferido daño a otra persona, o la disposición de la ley, aduciendo que en el caso del contrato, la fuente de las obligaciones que de éste surge, es el concurso real de voluntades de dos o más personas. Es decir, siguiendo las ideas de Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, el contrato no solo supone la manifestación de voluntad de quienes intervienen en él, sino también el acuerdo o concurso de las voluntades individuales, que es lo mismo que el consentimiento, la convergencia y unificación de tales voluntades individuales -no de las simples declaraciones de ellas- en un solo querer⁹⁹. De aquí que el artículo 1502 del Código Civil afirme que: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”.

Así, debido a que el deber legal de contratar -contrato forzoso- y todavía más con imposición total de la regulación -contrato forzoso heterodoxo-, sale del marco de la autonomía privada, la doctrina mayoritaria niega la naturaleza de contrato a los “contratos forzosos” -y más aún a los “contratos forzosos heterodoxos”-

⁹⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 6 ed. Bogotá : Temis, 2000. p. 143

recusando la expresión "contrato forzoso", pues considera que "contrato y forzosidad" son términos contradictorios. En este sentido, Francesco Messineo advierte que "*donde la libertad de contratar no obre y donde falte la espontaneidad del actuar de las partes, queda excluida la figura del contrato*"¹⁰⁰. Dado de esta manera, algunos prefieren hablar de constitución heterónoma de relaciones obligatorias o relaciones obligatorias heterónomas y no de contratos forzosos, siendo aquellas similares a las relaciones jurídicas que se derivan de un contrato, aunque con fuentes diferentes, pues la primera se genera por un acto de soberanía del Estado, que como tal, es independiente de la voluntad de los sujetos (poder heterónomo), mientras que la segunda tiene origen en la autonomía de la voluntad o autonomía privada, es decir, en la voluntad de los individuos (poder autónomo).

Acorde con esto, pudiera pensarse que el "contrato" de mandato celebrado entre "XM S.A. E.S.P." y los agentes del MEM, es una relación obligatoria heterónoma, cuya fuente es la soberanía del Estado manifestada a través de la CREG, por autorización de la ley. Pudiera modularse que es una relación obligatoria heterónoma disfrazada de contrato. Esto, la imposición del contrato y su regulación por la CREG, puede llevar a pensar que "XM S.A. E.S.P." ejerce una función pública administrativa.

La posición mencionada con anticipación a la afirmación inmediatamente anterior parte de la idea, según la cual, la autonomía de la voluntad o consentimiento contractual, parece ser en nuestro Código Civil, como lo es en el Código de Napoleón de 1804, la base de todo el sistema establecido para los contratos. ¿Lo es así en nuestro Código de Comercio? Dirán los que sostienen dicha posición: Desde luego que sí.

Frente a la definición que de contrato trae el Código de Comercio colombiano, algunos sostendrán que regular una relación jurídica patrimonial equivale a la libertad reconocida a las partes de determinar el contenido de los contratos típicos y de las figuras contractuales atípicas, negando el carácter de contrato a aquel cuyo contenido es impuesto por un acto de autoridad legítima. Otros preferirán afirmar que: "Lo esencial para la libertad de las partes no reside tanto en que el contratante *determine por sí mismo* su relación jurídica, sino en que *sin o contra* su voluntad no puede ser configurado el vínculo"¹⁰¹, de modo que para que pueda hablarse de una relación libremente establecida entre las partes contratantes, aquella no puede ser producto exclusivo de la imposición ajena. Desde cualquiera de estas perspectivas, tratándose del contrato celebrado entre "XM S.A. E.S.P." y los agentes del MEM, no existe libertad de las partes, por cuanto la relación

¹⁰⁰ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato : Notas del Derecho Argentino. Por Vittorio Neppi. Europa-América. Buenos Aires : Ediciones Unidas, 1986. Tomo I, p. 19

¹⁰¹ REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas : Condiciones Negociales Generales. Buenos Aires : Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, 1987. p. 348

jurídica contractual que se forma entre los mismos, se estructura independientemente de su voluntad. En este contrato, la libertad contractual queda sin contenido, pues no se encuentra ninguna de sus manifestaciones.

No obstante, aparentemente podría responderse a la anterior posición, diciendo, en primer lugar, que el hecho de que se contrate porque se tiene la obligación de hacerlo, no significa que no se tenga simultáneamente la intención de hacerlo. Así, como en el caso del contrato de mandato en estudio, el hecho de que la CREG imponga a los agentes del MEM la obligación de celebrar dicho contrato, no significa que ellos lo celebren sin querer hacerlo. Desde este punto de vista, podría llegar a admitirse que la fuente de las obligaciones en el contrato forzoso, y dentro de éste, en el contrato de mandato en referencia, sigue siendo, como en cualquier contrato, el concurso real de voluntades y no el acto administrativo de la CREG que impone la celebración del contrato y lo regula por completo, y que tan es así que si no se celebra no se surten los efectos del mismo, es decir, los agentes no podrán participar en el MEM y por consiguiente no se surtirían todas las consecuencias que se derivan de dicha participación, las cuales corresponden a las obligaciones derivadas de aquel contrato.

Pero, a pesar de lo anterior, la pregunta es: ¿Por qué los agentes del MEM celebran dicho “contrato”? ¿Porque la CREG los obliga o porque quieren? La respuesta es: porque la CREG los obliga. Entonces, ¿Cuál es la fuente de las obligaciones que nacen de dicho “contrato”? Parece ser que la respuesta sería: La fuente directa es el acto administrativo de la CREG que obliga a los agentes a celebrar ese “contrato” y que además establece su contenido, y, la fuente indirecta sería la ley, específicamente las leyes 142 y 143 de 1994 que autorizaron a la CREG para regular el funcionamiento del mercado de energía mayorista. Como ya se ha dicho, fue en ejercicio de esta potestad que la CREG eligió la figura del contrato de mandato mercantil regulado en el Código de Comercio, imponiendo su celebración a las partes y regulando las obligaciones que nacen de este contrato. Ello implicaría una reforma al artículo 1494 del Código Civil, según el cual, la fuente de las obligaciones de los contratos solo puede ser el concurso real de voluntades. Con esta modificación habría que admitir que la fuente de las obligaciones que nacen de los contratos también pueden ser la ley¹⁰² y el acto administrativo¹⁰³, y se encontraría así una invasión del Derecho Público al

¹⁰² Al observar las fuentes de las obligaciones que enuncia el artículo 1494 del Código Civil, se encuentra también a la ley, pero esta se enuncia simplemente como fuente de las obligaciones y no como fuente de las obligaciones que nacen del contrato. De esta manera, si se dice que la ley, específicamente las leyes citadas son fuente de las obligaciones -así sea fuente indirecta- que nacen del contrato en estudio, habría que negar a éste el carácter de contrato, de conformidad con el artículo citado del Código Civil.

¹⁰³ Fue la CREG, autoridad administrativa, la que impuso y reguló el llamado contrato de mandato objeto de esta tesis, según la interpretación de la autora de esta tesis, con autorización de la ley. Al respeto, ya se dijo que existe autorización constitucional para que una autoridad administrativa limite la autonomía de la voluntad, previa autorización legal. Según esto, el acto administrativo -en este caso, resoluciones de la CREG-

Derecho Privado, se observaría un Derecho Mixto, y entonces habría que analizar la zona de penumbra entre esos dos Derechos. Por estas razones, aquel planteamiento queda en gracia de discusión, pues su análisis requeriría un mayor desarrollo, prestándose para realizar otro trabajo.

Si algo queda claro es que a la luz del artículo 1494 del Código Civil, el denominado “contrato” de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, no es un verdadero contrato. Luego se pregunta, ¿Si los contratos forzosos, entre éstos el mencionado, no son contratos, entonces qué son? Adicionalmente, parece quedar claro que, por lo menos en este caso, es la ley -las leyes 142 y 143 de 1994- la que ha permitido la figura de los contratos forzosos.

Así las cosas, hay que ser concientes de que a la luz de los Códigos Civil y Comercial Colombianos, parece muy difícil, sino imposible, admitir que los contratos forzosos y más aún los contratos forzosos heterodoxos, son verdaderos contratos, pues la base de todo el sistema contractual en estos códigos es la autonomía de la voluntad, es decir, la fuente de las obligaciones del contrato es, únicamente, el consentimiento contractual o concurso real de voluntades de dos o más personas, no es ni la ley ni el acto administrativo. Pero, como ya se cuestionó, ¿Si no son contratos, entonces qué son? Ante la dificultad de establecer qué son, la realidad exige que lo sean. Además, como se acaba de decir, la misma ley ha permitido la figura de los contratos forzosos. Por esto, quien aquí analiza, propone un nuevo concepto de contrato, definiendo éste como el libre u obligatorio acuerdo de voluntades tendiente a la regulación libre o impuesta de una relación jurídica de naturaleza patrimonial. Siguiendo las palabras de Josserand, a tiempos nuevos, nuevas instituciones. Así, los “contratos forzosos” tendrían la naturaleza de contratos, sin dudarlo. Habría claramente un aumento y diversificación de contratos, frente a la declinación del principio de la autonomía de la voluntad y la intromisión de los poderes públicos en la vida del contrato.

Aún admitiendo la naturaleza de contrato de los denominados “contratos forzosos”, vale la pena cuestionarse acerca de si: ¿Servirán las reglas tradicionales de interpretación, frente a los problemas que puedan presentarse en torno a los contratos forzosos? ¿Qué ocurre si se incumple con el deber de contratar? En Italia, en caso de incumplir con el deber legal de contratar, el juez puede emitir una sentencia que tiene los efectos del contrato que se debió haber celebrado, salvo que el sujeto incumplido sea libre de elegir a su contraparte. Estos son cuestionamientos que las necesidades imperantes del mercado obligarán a resolver en su momento. En todo caso, tratándose del contrato de mandato en estudio, lo que ocurre en la práctica, es que si no se celebra este contrato, simplemente no se puede participar en el MEM.

también puede ser fuente de las obligaciones, en este caso las obligaciones que surgen del contrato objeto de esta tesis. Seguiría en pie la discusión a la que se está haciendo referencia.

Por otro lado, se ha dicho que el contrato de mandato mercantil es de libre discusión¹⁰⁴, no es un contrato dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado. En cambio, el contrato de mandato en estudio es forzoso heterodoxo. Tal vez, en coherencia con lo esbozado, aquella afirmación no corresponda a un elemento de la esencia del contrato de mandato, sino a la regla general, y así, tal vez, ésta sea una de las excepciones a esa regla general.

4.7.2 Solemne

Según la forma de manifestación de la voluntad, el contrato puede ser solemne/formal o consensual/informal (art. 1500 C.C.).

El contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento de las partes o acuerdo de voluntades, bastando así con la mera exteriorización de las voluntades, mediante la oferta y la aceptación. Por oposición, el contrato es solemne cuando sólo se perfecciona con la observancia, por las partes, de ciertas formalidades especiales, conocidas como solemnidades o formalidades *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, sin las cuales el contrato no nace a la vida jurídica, no existe para el Derecho¹⁰⁵.

De conformidad con lo anterior, el contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM es un contrato siempre solemne, ya que por disposición de la regulación de la CREG debe celebrarse por escrito. Así se deduce del literal d), artículo 11 de la Resolución CREG- 024 de 1995, que prescribe que los agentes del MEM deben *firmar* el contrato de mandato con el ASIC; y del literal c) del artículo 23 de la Resolución CREG-008 de 2003, que dispone que los agentes transmisores nacionales y operadores de red, deben *firmar* un contrato de mandato con el LAC.

Del artículo 824 del Código de Comercio, se deduce que, por regla general, el contrato de mandato mercantil es consensual, y por excepción solemne, porque en materia mercantil los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente o de cualquier otro modo inequívoco, salvo que una *norma legal* exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico.

A primera vista, no podría decirse que de acuerdo con esta clasificación, el contrato de mandato en estudio es una excepción a la consensualidad en el contrato de mandato mercantil, y no podría afirmarse esto porque como lo sostiene el artículo 824 del Código de Comercio, la excepción a esa

¹⁰⁴ BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. 2 ed. Bogotá : Ediciones Librería del Profesional, 1999. p. 44

¹⁰⁵ Artículo 898, inciso 2º, del Código de Comercio.

consensualidad debe ser legal, y en este caso la solemnidad es exigida por una resolución de la CREG, un acto administrativo. Sin embargo, y reiterando algo que ya se dijo anteriormente, la CREG fue autorizada por la ley para regular el contrato en estudio, autorización que comprende la facultad de la CREG para exigir la solemnidad de dicho contrato que ella considere, y que encuentra fundamento constitucional. En este sentido, puede llegar a sostenerse, que el contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es un contrato de mandato mercantil solemne, y por consiguiente constituye una excepción a la regla general de la consensualidad en el contrato de mandato mercantil.

4.7.3 Bilateral

Según el número de partes que se obligan, el contrato puede ser unilateral o bilateral (art. 1496 C.C.).

Es unilateral cuando genera obligaciones a cargo de solo una de las partes, quien se obliga para con la otra, sin que ésta quede obligada. Es bilateral, cuando genera obligaciones para ambas partes contratantes. El contrato bilateral se conoce también como contrato sinalagmático perfecto.

El contrato de mandato mercantil es bilateral, al igual que el contrato que celebran los agentes del MEM con “XM S.A. E.S.P.”, pues como lo anota la regulación de la CREG que regula este contrato, de él se generan obligaciones para ambas partes.

Establecido que se trata de un contrato bilateral, se verá de inmediato cuáles de sus consecuencias es relevante analizar en cuanto al contrato de mandato en estudio:

Las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales están ligadas entre sí por un vínculo de interdependencia, razón por la cual si una de las partes incumple con sus obligaciones, la otra parte queda exonerada de las suyas y por esto, en caso de ser demandada, puede proponer la excepción de contrato no cumplido; o si ya las ha cumplido, tiene derecho a la restitución de lo pagado y por esto puede demandar la resolución del contrato, encaminada a restituir a las partes a la misma situación que tenían antes de celebrar el contrato, siempre y cuando esto sea posible. Para ver si esto es aplicable al contrato de mandato objeto de estudio habrá que ver, en cada caso, si no va en contravía de las disposiciones de la CREG, en especial, las que señalan las consecuencias del incumplimiento. En todo caso, es preciso anticipar que al tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, como se verá, no es posible su resolución, sino su terminación. Ahora sí, obsérvese lo que ocurre en algunos casos:

- Si dentro de los plazos establecidos por la regulación, los agentes no reportan al ASIC la información completa requerida por la regulación para realizar las

liquidaciones y facturaciones, el ASIC procede a completar los datos faltantes con la mejor información a su alcance (numeral 2.1.4, Anexo B, Resolución CREG-024 de 1995). Esto significa que el incumplimiento por parte de los agentes de reportar al ASIC aquella información, no exonera a éste de su obligación de realizar las facturaciones y liquidaciones correspondientes, pues podrá realizarlas con la mejor información a su alcance, de manera que si incumple con esta obligación y es demandado por dicho incumplimiento, no podrá proponer la excepción de contrato no cumplido. Cosa diferente es que se llegue a dar el caso, que hasta al momento no se ha dado gracias al desarrollo del mercado, de que la información a su alcance no sea suficiente para llevar a cabo las facturaciones y liquidaciones correspondientes, caso en el cual, aplicando el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, el ASIC no tendrá que emitir dichas facturaciones y liquidaciones, lo cual significa que se extingue la obligación por imposibilidad de su cumplimiento y no por el incumplimiento de su contraparte, aunque a esto obedezca aquella imposibilidad. Sin embargo, el no suministro de la información establecida en la Resolución 024/95 y aquellas que la modifiquen o adicionen, en los tiempos y forma requeridos para el funcionamiento adecuado del SIC, es causal de retiro como agente del MEM y en consecuencia, de terminación del contrato de mandato (literal b) del artículo 12, y literal f) del artículo 6, de la Resolución CREG-024 de 1995). Dentro de esta información está incluida aquella requerida para realizar las facturaciones y liquidaciones correspondientes, razón por la cual en los dos casos señalados se podrá proceder al retiro del agente del mercado y a la terminación del contrato de mandato.

- La regulación no ha previsto expresamente qué sucede en caso de emisión tardía, imputable al ASIC, de una liquidación y facturación correspondiente. ¿Exonera esto al agente mandante de pagar los ingresos regulados por concepto de los servicios prestados por el ASIC, y en consecuencia, en caso de ser demandado por este concepto podrá proponer la excepción de contrato no cumplido, o si ya ha pagado, podrá demandar la restitución por dicho concepto? ¿Será que procede en este caso, al menos, la rebaja del ingreso regulado por concepto de los servicios prestados por el ASIC, y en consecuencia, en caso de ser demandado podrá proponer como excepción la rebaja de dicho concepto por contrato no cumplido, o si ya ha pagado la totalidad, podrá demandar la restitución correspondiente al monto de la rebaja? Lo único que ha dicho la regulación, relacionado con este tema es que si el ASIC no emite las facturas y liquidaciones correspondientes en el plazo señalado por la regulación, se debe reportar a la CREG este incumplimiento para que determine las acciones correspondientes (numeral 2, Anexo B, Resolución CREG-024 de 1995).
- Si el ASIC y el LAC no distribuye los dineros recaudados en el plazo señalado por la regulación, por causas imputables a su gestión, reconocerá intereses de mora (numeral 2.3.2, Anexo B, Resolución CREG-024 de 1995, y art. 22, inciso

2º, Resolución CREG-008 de 2003). Esta disposición da a entender que la consecuencia de la distribución tardía de los dineros recaudados es únicamente la señalada, de tal modo que los agentes del MEM no podrán dejar de cumplir con las obligaciones que tienen como tales y en consecuencia, como mandantes.

- Si los agentes del MEM incumplen con sus obligaciones en la Bolsa de Energía, y el ASIC o los agentes víctimas del incumplimiento no siguen el procedimiento que estipula la regulación de la CREG (literal e) del art. 12 de la Resolución 024 de 1995) para que se de la terminación del contrato de mandato del agente incumplido y éste sea retirado del MEM, el ASIC tendrá que seguir cumpliendo con sus obligaciones.

4.7.4 Oneroso

Según si el contrato reporta utilidad a una o a ambas partes, puede ser gratuito u oneroso (art. 1497 C.C.).

El contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad o beneficio de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. El contrato es gratuito cuando tiene por objeto la utilidad de una sola de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Se ha discutido si la onerosidad en el contrato de mandato mercantil es un elemento de la esencia o de la naturaleza, es decir, si el contrato de mandato mercantil siempre es remunerado, o si por el contrario, es por regla general remunerado, salvo que se pacte la gratuidad.

Se sostiene personalmente que el contrato de mandato mercantil es por esencia remunerado, por las siguientes razones:

- Porque ello se deduce del inciso 1º del artículo 1264 del Código de Comercio, que establece que: “El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos”.
- La onerosidad es una característica propia de la actividad mercantil. Por esto, todos los negocios regulados en el Código de Comercio son onerosos. Los contratos gratuitos no los regula la legislación comercial. Porque todos los negocios de un comerciante son onerosos, y dicho Código se aplica a los comerciantes. A su vez, los comerciantes son personas naturales o jurídicas que se dedican de manera profesional y permanente a la realización de actos de comercio, es decir, actos objetivos de intermediación que conllevan lucro.

Así mismo, el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.”, en su calidad de ASIC y LAC, con los agentes del MEM, es oneroso. Pero, los ingresos por los servicios prestados por el ASIC y el LAC son regulados mediante resoluciones que expide la CREG para cada año. En otras palabras, la remuneración al mandatario es fijada anualmente por la CREG, mediante reglas y procedimientos, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 23, literal c y d, y 32, párrafo 2º, de la Ley 143 de 1994 y los artículos 74, literal e, y 167, párrafo 2º, e la Ley 142 de 1994, y el artículo 30 de la Resolución CREG-024 de 1995, de acuerdo con los cuales la CREG debe establecer los costos de funcionamiento del ASIC y del LAC. De acuerdo con la regulación de la CREG, por una parte, el ASIC, en las liquidaciones y facturaciones mensuales realizadas por él, calcula y factura los servicios prestados por él y por el CND, y por otra parte, el LAC, dentro de las liquidaciones y facturaciones mensuales efectuadas por él, calcula y factura los servicios prestados por él.

En cuanto al contrato de mandato en referencia, solo es relevante esta clasificación para efectos de la apreciación de la culpa por el incumplimiento de las obligaciones, pues de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, la responsabilidad o grado de culpa¹⁰⁶ contractual, se determina por la utilidad del contrato. En lo que aquí interesa, hay que decir que en los contratos onerosos se responde hasta por culpa leve, es decir, se responde si no se tiene la mediana diligencia y cuidado y con mayor razón si no se tiene una mínima diligencia y cuidado, de aquí que se advierta que la culpa leve entraña la culpa grave. ¿Es esto aplicable al contrato de mandato objeto de esta tesis, es decir, se puede hablar aquí de una graduación tripartita de la culpa? La autora de esta tesis cree que la respuesta a esta pregunta es positiva, salvo que exista disposición de la CREG en contrario, que hasta el momento no conoce. Adicionalmente, cree que el grado de negligencia o diligencia tanto del mandatario como del mandante, debe apreciarse teniendo en cuenta que se trata de profesionales en cada una de las actividades que desempeñan.

4.7.5 De ejecución sucesiva o tracto sucesivo

De acuerdo con la doctrina, el contrato es de ejecución instantánea si las prestaciones resultantes del contrato pueden ser cumplidas en un solo acto (instantáneamente); y es de ejecución sucesiva si su cumplimiento supone la ejecución de prestaciones sucesivas, por períodos, durante el paso del tiempo de duración del contrato.

Los contratos de ejecución instantánea son susceptibles de *resolverse* por incumplimiento, teniendo la resolución efectos retroactivos, es decir, hacia el

¹⁰⁶ La graduación tripartita de la culpa se encuentra en el artículo 63 del Código Civil.

pasado (*ex tunc*), consistentes en volver al estado anterior a la celebración del contrato, como si este no hubiese existido, dando lugar a las llamadas restituciones mutuas entre las partes sobre lo recibido o pagado por razón de aquel. A diferencia, los contratos de tracto sucesivo no se resuelven, sino que *terminan* cuando hay un incumplimiento, ya que como los efectos del contrato son constantes y periódicos en el tiempo, y es imposible deshacer el goce obtenido por una de las partes, las cosas no se pueden retrotraer al principio. Los efectos de la terminación rigen exclusivamente hacia el futuro (*ex nunc*), subsistiendo la validez de lo ejecutado y descartando las restituciones mutuas entre las partes por razón de las prestaciones cumplidas con anterioridad. Sus efectos deben cesar en el futuro, pero respetarse en el pasado.

El contrato de mandato mercantil puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, según se trate de una sola gestión o de una serie indefinida de actos dentro de una misma actividad económica. Por su parte, el contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es por esencia de tracto sucesivo. Las prestaciones que son objeto de este contrato, no pueden cumplirse en un solo acto, sino que, por el contrario, se realizan cada mes, se trata de la ejecución de prestaciones sucesivas (mes tras mes, se liquida, se factura, se cobra y se recauda). Es entonces un contrato de ejecución sucesiva, y en esta medida, sus prestaciones no pueden reversarse después de cumplidas, razón por la cual no es posible hablar de resolución del contrato, sino de su terminación.

4.7.6 Intuitu personae

Los contratos *intuitu personae* son los que se celebran en calidad de la persona del contratante, razón por la que no es posible su cesión.

El contrato de mandato mercantil se celebra en calidad de la persona del mandatario, se basa fundamentalmente en la confianza que el mandante dispensa al mandatario y por esto termina con su muerte, interdicción, revocación por justa causa, insolvencia o apertura del trámite de liquidación obligatoria, en el primer caso, porque la realización de los actos jurídicos tiene que llevarse a cabo por el mandatario, y en el segundo porque se ha perdido la confianza en éste. Por esa misma razón, si la delegación no está autorizada ni ratificada por el mandante, no surte ningún vínculo entre mandante y delegado, y en consecuencia no da derechos a terceros contra el mandante por los actos del delegado (art. 2162 C.C.)¹⁰⁷.

El contrato de mandato en estudio se celebra en calidad de la persona de “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.”, mandatario, pues por

¹⁰⁷ Ante el vacío del Código de Comercio sobre el tema de la delegación del mandato, por disposición del artículo 822 del mismo, se remite a las normas del Código Civil que regulan la materia.

disposición de la ley es la única empresa facultada para administrar el mercado mayorista de energía y en desarrollo de esto, por virtud de la regulación de la CREG, es la única que puede ocupar la posición de mandatario en el contrato de mandato objeto de esta tesis. En consecuencia, no es posible la delegación del mandato. Adicionalmente, como se verá en el tema de la terminación de dicho contrato, las causales de terminación del contrato de mandato mercantil que responde a su carácter *intuitu personae* no son todas aplicables al mandato en estudio, ya sea por imposibilidad o porque contrarían la regulación de la CREG.

4.7.7 Típico

Un contrato es típico cuando ha sido regulado por la ley de manera específica, es decir, con individualidad y normativa propia, cuando el legislador ha determinado los elementos que lo definen e identifican, atribuyéndole una regulación jurídica concreta y unitaria, más o menos flexible; y es atípico cuando no lo está, pues sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados. Careciendo de regulación propia, refleja en su mayor alcance el postulado de la autonomía privada de la voluntad, al ser creado y regulado por las partes. Goza de igual categoría y poder vinculante que el contrato típico, entre las partes y frente a terceros. Los contratos atípicos se dividen en nominados e innominados, dependiendo de si han adquirido tipificación social o consuetudinaria.

La importancia de la clasificación radica en el orden de prelación normativa aplicable en cada caso. Los contratos típicos se gobiernan por y en el siguiente orden: a) Las normas legales imperativas, que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes por involucrar el orden público; b) Las cláusulas libremente redactadas por las partes, dentro de los límites legales; c) Las reglas legales propias del contrato de que se trate, las cuales tienen un carácter supletivo de la voluntad de las partes; d) Las reglas generales de los contratos; e) En defecto de cláusula, de norma propia del contrato típico de que se trate y de norma general exactamente aplicable, se acude a la analogía de la ley -aplicación de leyes que regulen casos o materias semejantes- y a la analogía de derecho -apelación a la doctrina constitucional y a las normas generales de derecho, es decir, los principio de equidad-. En cuanto al régimen de los contratos atípicos, se ha discutido el orden de prelación normativa, discusión que no es pertinente traer a colación, pues es claro que el contrato de mandato en estudio no es atípico, y la duda surge en torno a su tipicidad.

De acuerdo con esta clasificación, es claro que el contrato de mandato mercantil es un contrato típico, porque fue específicamente regulado por el Código de Comercio, en sus artículos 1262 y siguientes. Tampoco queda duda alguna de que el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, no es un contrato atípico, pues no es creado ni regulado por las partes. Surge la duda de si puede catalogarse como un contrato “típico”. A primera vista, de

acuerdo con la definición dada de contrato típico, ello no sería posible. Pero, si se admite primero, que es un contrato de mandato mercantil, regulado particularmente por la CREG, podría afirmarse su tipicidad. Sin embargo, admitiendo esto o no, el orden de prelación normativa aplicable no sería el arriba señalado, sino, el siguiente: a) Las disposiciones de la CREG; y siempre que no sean contrarias a éstas: b) Las normas del Código de Comercio que regulen el contrato de mandato; c) Las normas del Código Civil que regulen este mismo contrato; d) Las normas generales de la figura del contrato, dispuestas en el Código de Comercio y en el Código Civil; e) En defecto de lo anterior, se acude a la analogía de la ley -aplicación de leyes que regulen casos o materias semejantes- y a la analogía de derecho -apelación a la doctrina constitucional y a las normas generales de derecho, es decir, los principios de equidad-.

4.7.8 Principal

Un contrato principal es aquel que no depende de la existencia de ningún otro contrato para formarse ni para producir efectos, pues existe y es eficaz por sí mismo. Un contrato accesorio es aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella, la que no necesariamente ha de ser de carácter contractual, pues también puede ser legal o delictual (art. 1499 C.C.). No obstante, hay quienes prefieren hablar de contratos que producen obligaciones principales y contratos que producen obligaciones accesorias, al considerar que todo contrato subsiste por sí mismo.

En uno u otro caso, la importancia de esta clasificación es que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El mandato mercantil es por regla general principal, y por excepción accesorio como cuando se otorga como un medio para cumplir una obligación contraída con anterioridad. El contrato de mandato en estudio es siempre principal.

4.7.9 No aleatorio

El Código Civil (art. 1498) y gran parte de la doctrina clasifica los contratos onerosos en conmutativos y no aleatorios, advirtiendo que son conmutativos los contratos que reúnan los siguientes requisitos: a) Onerosos: reporta utilidad para ambas partes; b) No aleatorios: esa utilidad puede apreciarse desde el momento de la celebración del contrato; c) Bilaterales: por razón de lo anterior, las prestaciones se miran como equivalentes entre sí, pues existe un equilibrio entre ellas. De aquí que el Código Civil diga que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como*

equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

Sin embargo, personalmente, se considera imprecisa esta clasificación, por las siguientes razones: a) Puede confundir al dar a entender que los contratos onerosos no aleatorios siempre son bilaterales, cuando la realidad es que pueden haber contratos onerosos no aleatorios unilaterales como el mutuo con interés; b) Reduce la clasificación de aleatorio o no aleatorio a los contratos onerosos cuando en realidad pueden haber contratos gratuitos no aleatorios y contratos gratuitos aleatorios como la donación de lo que se llegue a pescar en un día; c) Es incoherente y confuso decir de un contrato oneroso, que es aleatorio cuando el equivalente de la prestación consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, porque si esto es así, la pérdida sufrida por una parte implica ganancia para la otra, y viceversa, lo cual significa que solo una parte reporta utilidad, de manera que no se trataría de un contrato oneroso sino gratuito. Es mejor decir que un contrato oneroso es aleatorio cuando, a pesar de que una o más de sus prestaciones representa una contingencia de ganancia o pérdida, reporta utilidad para ambas partes.

En vista de estas inconsistencias, es preferible hablar de contratos no aleatorios y contratos aleatorios, de tal manera que: Un contrato es no aleatorio si la utilidad que reporta el contrato para una o ambas partes, según sea gratuito u oneroso, puede ser apreciada desde el momento de su celebración, es decir, desde este momento puede saberse que el contrato va a reportar utilidad y cuánto es esa utilidad. En cambio, es aleatorio cuando una o más de las prestaciones consiste en una contingencia de ganancia o pérdida, lo cual significa que existe imposibilidad de estimar, desde el momento de la celebración del contrato, una o más de las prestaciones que produce, por depender estas del azar, es decir, no se sabe si se va a ganar o a perder, y hay incertidumbre acerca de toda o parte de la utilidad o pérdida que va a generar el contrato, ya que todos o parte de los resultados dependen del azar.

Por regla general el contrato de mandato mercantil es no aleatorio, y por excepción aleatorio, al tanto que el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, siempre es no aleatorio, pues se sabe con claridad desde un principio que va a reportar utilidad para ambas partes, y cuál es esa utilidad.

4.8 CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Se empezará por dar cuenta de las causales de terminación del contrato de mandato en estudio, que prevé la CREG, para luego mencionar las causales de terminación del mandato mercantil, analizando cuáles de ellas resultan aplicables

en este caso, por ser coherentes con la ley y con la regulación que la CREG trae del contrato y en general del mercado mayorista de energía, significando esto que se desecharán aquellas que la contraríen.

No se encuentra resolución alguna de la CREG que se refiera expresamente a las causales de terminación del contrato de mandato objeto de esta tesis, pero el artículo 12 de la Resolución CREG-024 de 1994, establece causales para el retiro como agente del mercado mayorista, y como ese retiro implica la terminación de aquel contrato, debe entenderse que dicha disposición se está refiriendo a causales de terminación del contrato de mandato. Las causales que esta norma enuncia son:

a) La decisión voluntaria del agente, previo cumplimiento de todas sus obligaciones con el mercado mayorista. Teniendo en cuenta que los generadores, comercializadores y transmisores nacionales y regionales, tienen la obligación de participar en el MEM y en consecuencia de celebrar el contrato de mandato, solo es concebible esta causal cuando el agente decide no dedicarse más a la actividad a la que se dedicaba como agente del MEM, pues entendiéndolo de otra forma sería contradictoria esta causal con dicha obligación.

b) Dejar de cumplir sus requisitos como agente del mercado mayorista, definidos en el artículo 6 de la presente resolución, que corresponden a las condiciones que deben cumplir los agentes para participar en el MEM.

c) Cuando se declare en estado de quiebra. Como ya no existe la institución jurídica de la quiebra, debe entenderse que la causal es la apertura del trámite de liquidación obligatoria, lo cual es razonable en la medida en que con este suceso se disuelve la persona jurídica (Ley 222/95).

d) Sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ante las causas graves que determine la CREG.

e) Su incumplimiento de un acto o contrato de energía en la bolsa, caso en el cual el ASIC o cualquiera de las empresas víctimas del incumplimiento, puede pedir a la CREG que solicite a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la intervención de la empresa incumplida.

De acuerdo con el párrafo 3 de esta disposición, cuando por cualquier causa, una empresa decida que no seguirá participando del mercado mayorista para formar y cumplir actos y contratos con éste, tendrá que dar aviso al ASIC con por lo menos 4 meses de anticipación; y mientras este período transcurre la empresa seguirá estando sujeta a las normas de la presente resolución, y el ASIC podrá hacer, por sí mismo, las liquidaciones, y afectar las cuentas o hacer exigibles las garantías que considere del caso. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 5 de la Resolución CREG-56 de 1998: a) Si se trata de un agente generador que decide

retirarse voluntariamente del MEM, ese plazo será de tres meses; b) Si se trata de un agente generador que se retira por fuerza mayor o caso fortuito, o por causas técnicas y/u operativas justificables, ese plazo será de un mes.

Por su parte, de acuerdo con el Código de Comercio, las formas de terminación del contrato de mandato comercial son:

1) Las generales a cualquier tipo de contrato (art. 1602 del C.C):

- a) Mutuo consentimiento de los contratantes. Si como ya se dijo, es posible la terminación del contrato por terminación voluntaria del agente que decide retirarse del MEM, con mayor razón es procedente su terminación por mutuo acuerdo del agente con “XM S.A. E.S.P.”.
- b) Causales legales¹⁰⁸: Dentro de éstas está el incumplimiento (art. 870 C. Co. y 1546 C.C.) y el caso fortuito o la fuerza mayor. Al respecto, es claro que acorde con lo anotado, la CREG considera el incumplimiento como una causal de terminación del contrato, lo cual resulta apenas lógico, pues el incumplimiento es la causa más común de terminación de cualquier contrato. Ese incumplimiento, acorde con el concepto de incumplimiento contractual, debe recaer sobre cualquiera de las obligaciones que tiene el agente como “agente mandante”, es decir cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato de mandato celebrado con “XM S.A. E.S.P.”, en las cuales se encuentran todas las obligaciones que aquel tiene como agente del MEM¹⁰⁹, señaladas por la CREG. Aquí se encuadran los literales b) y e) del artículo 12 de la Resolución CREG-024 de 1995, al que se aludió en un principio, y todas las disposiciones de la CREG que los complementen, modifiquen o sustituyan.

2) Las especiales: Las causales especiales de terminación del contrato de mandato comercial, en virtud de la remisión hecha por el artículo 822 del Código de Comercio, son las mismas que del mandato civil trae el artículo 2189 del Código Civil, aunque con algunas especificidades o distinciones que hace el Código de Comercio al tratarse del mandato comercial.

A continuación se enunciarán las causales especiales de extinción o expiración del contrato de mandato comercial, y paralelamente se analizará cuáles de ellas son aplicables o inaplicables para el caso del contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM:

¹⁰⁸ Sólo se enunciarán las causales generales de terminación del contrato, que no coinciden con algunas de las causales especiales de terminación del contrato de mandato, para evitar repeticiones y confusiones. Y se enunciarán aquellas que se consideran, por la autora de esta tesis de grado, aplicables en el caso del mandato en estudio.

¹⁰⁹ Se exceptúa aquí la obligación que tiene el agente comprador en un contrato de energía a largo plazo, de pagar el precio por la energía que en éste contrató.

- a) Por el cumplimiento de la gestión o desempeño del negocio que se encomendó. Esta causal se refiere al contrato de mandato especial, en el cual se encarga al mandatario la celebración y/o ejecución de un negocio determinado, de tal modo que una vez cumplido el encargo, desaparece el objeto del mandato, elemento de existencia de cualquier contrato, y por consiguiente se termina el contrato de mandato.

Es una causal inaplicable en este caso, ya que se está bajo un contrato de mandato a término indefinido, lo que, a su vez, se debe a que dicho contrato es, de acuerdo con la regulación de la CREG, indispensable para el desarrollo del objeto social de cada una de las partes, fruto de él se ejercen actividades de manera continua.

- b) Por la expiración del término (plazo) o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato. Esta causal solo opera cuando las partes han pactado una u otra de las modalidades señaladas, de aquí el término “prefijados”.

No es aplicable al contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, porque en éste no se pacta ni puede pactarse plazo o condición del que dependa la extinción del contrato. En cuanto al plazo, el término de duración de este contrato es, necesariamente, indefinido. En cuanto a la condición, las partes no pueden establecer ninguna, porque se trata de un contrato regulado por la CREG, debido a la importancia que para el funcionamiento del mercado de energía tienen las actividades que se desarrollan por la celebración del contrato.

- c) Por revocación del mandante con justa causa para hacerlo, justa causa que se exige por ser el contrato de mandato comercial, por naturaleza, remunerado, o cuando en todo caso, el mandato se había celebrado también en interés del mandatario o de un tercero.

Esta causal no aplica, pues aunque de conformidad con el literal a) del artículo 12 de la Resolución CREG-024 de 1995, el contrato de mandato en cuestión puede terminarse por decisión voluntaria del agente que decide retirarse del MEM, previo cumplimiento de sus obligaciones con el MEM, siendo en este sentido revocable, no se exige justa causa para esta revocación. Es claro, además, que esa revocación implica el retiro del agente del MEM. Si su decisión no es retirarse del MEM, no podría hablarse de revocación y el contrato de mandato sería entonces irrevocable, debido a que la regulación impone a los agentes suscribir el contrato de mandato única y exclusivamente con “XM S.A. E.S.P.” en calidad de ASIC y LAC, como requisito indispensable para poder participar en el MEM. Frente a la irrevocabilidad del contrato de mandato mercantil, el artículo 1279 del Código de Comercio la admite, siempre y cuando se haya pactado en el contrato. Pero, de acuerdo con lo que se acaba de decir, esto tampoco es aplicable al contrato de mandato en estudio,

pues es la CREG la que dispone la irrevocabilidad del mandato en el sentido señalado, no las partes.

- d) Por la renuncia del mandatario, con justa causa si el mandato se ha pactado en interés del mandante o de un tercero, so pena de tener que indemnizar los perjuicios que su renuncia abusiva ocasione al mandante o al tercero (art. 1283 del Código de Comercio).

Esta causal es inadmisibles en este caso, a la luz de la ley y la regulación, ya que "XM S.A. E.S.P." desarrolla en ejercicio de este contrato de mandato, la función de administrador del mercado mayorista de energía, que le fue asignada por la ley, y que se ha disgregado en una variedad de funciones, al ser regulada por la CREG. La renuncia del mandatario en este caso, impediría la participación del agente (mandante) en dicho mercado, aniquilando por completo su libre ejercicio de la actividad económica a la que se dedica, pues la celebración de dicho contrato es un requisito exigido por la CREG para participar en el MEM. Su celebración es obligación para las partes, lo cual se opone a la posibilidad de una renuncia del mandatario, pues no se le está obligando a la celebración del contrato para que después diga que renuncia. Si se le obliga a su celebración es porque su ejecución es necesaria. De esta manera, no puede dejarse al libre arbitrio del mandatario la decisión de seguir o no con el contrato, ni siquiera por la presencia de la denominada "justa causa", que a la postre será valorada por un juez en caso de controversia. Se trata de dar seguridad jurídica a la relación jurídica nacida del contrato. De aquí que la CREG haya regulado las causales de su terminación.

Valga la pena aclarar que no es lo mismo que el contrato de mandato se termine por renuncia del mandatario, que por desistimiento de éste, pues mientras el desistimiento se origina en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del mandante; la renuncia es un acto unilateral que proviene del mandatario. Así, el artículo 2185 del Código Civil, dispone que si el mandante incumple sus obligaciones, el mandatario puede desistir de su encargo, lo cual, por virtud del incumplimiento, puede ser causal de terminación del contrato de mandato bajo análisis.

- e) Por la muerte del mandante o mandatario. Pero, si el mandato fue conferido también en interés del mandatario o de un tercero, la muerte del mandante no extingue el mandato (art. 1284 C.Co.). En cuanto a la muerte del mandatario, es claro que esta causal no se aplica en este caso, porque la muerte es un hecho que solo le sucede a las personas naturales, no a las jurídicas, y en este caso, el mandatario es una persona jurídica. Y en cuanto a la muerte del mandante, si bien es cierto que según la regulación de la CREG, los agentes del MEM pueden ser personas naturales o jurídicas, en la realidad todos son personas jurídicas, razón por la que tampoco es aplicable la causal de terminación del contrato de mandato por muerte del mandante. Además, en este caso, por tratarse de un mandato remunerado, es conferido también en

interés del mandatario, lo cual significa que así el mandante fuera una persona natural, el mandato no expiraría por la muerte de éste.

- f) Por la interdicción del mandante o del mandatario. Pero, si el mandato fue conferido también en interés del mandatario o de un tercero, la interdicción del mandante no extingue el mandato (art. 1284 C.Co.). Siendo la interdicción una figura aplicable exclusivamente a las personas naturales, esta causal tampoco es aplicable en el contrato de mandato en estudio, por lo mismo que se dijo en el punto inmediatamente anterior.
- g) Por la insolvencia o apertura del trámite de liquidación obligatoria del mandante o del mandatario. Esta causal fue prevista expresamente por la regulación de la CREG, cuando de la apertura de liquidación obligatoria del mandante se trata. Sin embargo, la regulación de la CREG no hace mención de dicha causal tratándose del mandatario. Pero, si la apertura del trámite de liquidación obligatoria del mandatario supone la inidoneidad de éste para manejar sus propios bienes, mal podría continuar en la administración de bienes ajenos, pues se ha perdido la confianza requerida en un contrato *intuitu personae* como lo es el mandato; si no está en capacidad de manejar sus propios bienes, menos lo estará para manejar los de los demás, razón por la cual la causal en cuestión es aplicable en este caso.
- h) Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas. La justificación de esta causal es que en este caso, se entiende que el encargo guarda directa relación con las funciones principales del mandante, es decir, la causa del mandato son las funciones del mandante, de manera que si dichas funciones cesan, se extingue el mandato. Es claro que esta causal es aplicable en este caso, pues el objeto del contrato de mandato entre “XM S.A. E.S.P.”, mandatario, y cada uno de los agentes del MEM, mandantes, guarda directa relación con las funciones principales de éstos, la causa del mandato son las funciones de los mandantes; tanto así que los generadores, comercializadores y transmisores nacionales y regionales, tienen la obligación de celebrar dicho contrato para poder desarrollar sus actividades en el MEM. De esta manera, si la actividad a la que se dedica el agente, cesa, es decir, decide no dedicarse más a ello, se termina el contrato. Así, esta causal coincide con la prevista en el literal a) del artículo 12 de la Resolución CREG-024 de 1995.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES CUMPLIDAS POR EL ASIC Y EL LAC, RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS ACTOS, JURISDICCIÓN COMPETENTE, RECURSO DE REPOSICIÓN Y VIABILIDAD DEL CONTRATO

5.1 “XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.”, A TRAVÉS DEL ASIC Y EL LAC, NO CUMPLE UNA FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA, SIMPLEMENTE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO

5.1.1 La forma en que se cumplen las funciones del ASIC y del LAC no corresponde a las formas constitucionales de desarrollo de la función pública administrativa

Según el artículo 209 de la Constitución, la función administrativa se desarrolla a través de la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones. A continuación se dará cuenta de que las funciones desarrolladas por “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” a través del ASIC y del LAC, si bien son funciones asignadas directamente por la ley, no se desarrollan mediante ninguna de esas formas, pues como se verá, no se trata del ejercicio de una función pública administrativa, sino de la prestación de un servicio público.

5.1.1.1 No se trata de una descentralización por servicios

La Ley 489 de 1998, en sus artículos 38 y 68, establece cuáles son las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, las cuales solo pueden ser creadas por ley o con su autorización. Pues bien, de las ESP, la Ley 489 de 1998 sólo les da el carácter de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional a las ESP oficiales, integrando así la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Esto se desprende del artículo 38, numeral 2, literal d), y del artículo 68, de dicha ley. El primero de ellos dispone:

Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

d) (...) y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

(...)

Posteriormente, el artículo 68 de la misma ley, reitera lo anterior, afirmando que:

Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, (...) las empresas oficiales de servicios públicos (...).

Significa lo anterior que como las normas citadas no enuncian a las ESP mixtas, éstas no son entidades descentralizadas por servicios, no son entidades estatales y por lo tanto no pertenecen a la estructura del Estado. De esta manera, al ser “XM S.A. E.S.P.” una ESP mixta, no es una entidad descentralizada por servicios del orden nacional.

Se acoge entonces la tesis negativa de la naturaleza jurídica pública de las ESP mixtas, es decir, aquella tesis que le niega el carácter de entidad pública a éstas¹¹⁰, aquella que niega que las ESP mixtas sean sociedades de economía mixta y que por esto sean entidades descentralizadas por servicios, entidades públicas. Pero, se aclara que no se está de acuerdo con el argumento utilizado por la sentencia T-1212 de 2004¹¹¹, según el cual, el solo hecho de que una entidad se rija por el derecho privado hace que su naturaleza jurídica sea de derecho privado, pues, como lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 2 de marzo de 2006¹¹², con este criterio incluso las sociedades de economía mixta convencionales serían entidades privadas; ello desconocería la

¹¹⁰ Esta tesis la comparte: La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; en Concepto No. 1141 del septiembre 11 de 1998, CP. Augusto Trejos Jaramillo; Dice además que las ESP mixtas son una nueva categoría de personas jurídicas, diferentes de las sociedades de economía mixta reguladas por el Decreto 1051 de 1968, el Decreto 130 de 1976 y el Código de Comercio (art. 461); y en Concepto No. 1171 del 28 de enero de 1999, CP. Javier Henao Hidrón. Corte Constitucional, Sentencia T-1212 del 3 de diciembre de 2004, Sala Quinta de Revisión, Accionante: Comercializar S.A. E.S.P., Demandado: ISA, MP. Rodrigo Escobar Gil. Esta sentencia señaló adicionalmente que las ESP mixtas y privadas son modalidades de personas jurídicas de derecho privado, su naturaleza jurídica corresponde a entes societarios de origen privado, pues los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998 sólo reconocieron a las ESP oficiales como entidades que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios.

¹¹¹ Ibid. Señala esta sentencia: “Según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someten a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración, inclusive en aquellas empresas en las cuales las entidades públicas tienen parte¹¹¹. Desde esta perspectiva, podría considerarse que al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y, por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios”.

¹¹² Referencia No. 29.703. Recurso: Anulación laudo arbitral. CP. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Impugnantes: CORELCA S.A. E.S.P. (se impugna el laudo arbitral emitido a favor de TERMOBARRANQUILLA S.A. ESP. –TEBSA-).

potestad que tiene el legislador de escoger en muchos campos el régimen jurídico de las entidades que crea o autoriza crear, sin que esto desdibuje su naturaleza de entidad pública¹¹³.

Sin embargo, no puede dejarse de advertir que también existe la tesis positiva¹¹⁴ de la naturaleza jurídica pública de las ESP mixtas, que sostiene que éstas son entidades públicas por ser sociedades de economía mixta, las cuales, acorde con el artículo 38, literal f), y el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, hacen parte del sector descentralizado por servicios, integrando así la rama ejecutiva del poder público; y existiendo una relación de género a especie entre sociedades de economía mixta y las ESP mixtas, independientemente de que el legislador, en ejercicio de su potestad constitucional de libre configuración legislativa, haya establecido un régimen jurídico a las ESP mixtas, diferente al que estableció para el común de las sociedades de economía mixta, pues esto no afecta la naturaleza jurídica de entidad pública. Lo anterior, porque las sociedades de economía mixta son todas aquellas entidades en las que exista participación de capital público y privado, ya que la Constitución¹¹⁵ no señaló porcentajes mínimos de participación de los entes públicos en la composición del capital de tales sociedades. Afirma esta posición que la referencia explícita que los artículos 38 y 68 hacen de las ESP oficiales, obedece a la necesidad de recoger en este concepto las dos formas jurídicas en las que estas se pueden constituir (Empresa Industrial y Comercial del Estado, o, Sociedades por Acciones), de manera que esa referencia expresa no significa que las ESP mixtas hayan quedado excluidas de la estructura del Estado,

¹¹³ Sobre el tema, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-953 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra, establece: “4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.”

¹¹⁴ Sobre esta tesis se recomienda la lectura de la sentencia del 2 de marzo de 2006, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Referencia: 29.703, recurso de anulación de laudo arbitral, Impugnante: CORELCA S.A. E.S.P. En esta sentencia se hace una exposición bastante clara de la tesis negativa y positiva de la naturaleza jurídica pública de las ESP mixtas, dando cuenta de las providencias judiciales que sostienen una u otra, y adhiriéndose en este caso a la segunda tesis. La tesis positiva también la sostienen: Sentencia de agosto 1 de 2002, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Exp. 21.041, CP. Germán Rodríguez Villamizar, Actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P, Demandada: Termorío S.A. E.S.P. Sala Plena de la Corte Constitucional. Auto 113 del 29 de marzo de 2006. Referencia: expediente I.C.C. 993, MP.: Clara Inés Vargas Hernández. Soluciona un conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Civil Municipal de la Mesa (Cundinamarca) y el Juzgado Civil del Circuito de la Mesa (Cundinamarca) que surge como consecuencia de una tutela que interpone un usuario contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Esta última empresa es una ESP mixta del orden nacional. Solo y simplemente, sin dar explicaciones, sostiene que de conformidad con el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las ESP mixtas del orden nacional son entidades descentralizadas por servicios del orden nacional.

¹¹⁵ Constitución Política, artículos 150, numeral 7; 300, numeral 7; y 313, numeral 6.

pues como se acaba de ver, ellas quedaron recogidas en otros apartes de los artículos citados.

Esta tesis positiva sostiene que el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994¹¹⁶, debe inaplicarse por inconstitucional, por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, pues dicho artículo es inconstitucional por las mismas razones que lo es el inciso 2 del artículo 97 de la Ley 489 de 1998¹¹⁷ (porque no hay diferencias sustanciales entre ambas normas, las cuales incurren en el mismo vicio), razones aducidas en la sentencia C-953 de 1999¹¹⁸, que declaró inexecutable este último, aduciendo que acorde con la Constitución, toda sociedad donde exista participación estatal y privada, sin importar el monto del capital con que se concorra, forma una sociedad de economía mixta, y por tanto esa entidad pertenece a la estructura del Estado; es precisamente esa composición mixta de capital la que permite afirmar que la empresa respectiva no es ni del Estado, ni de los particulares, sino justamente de los dos.

La sentencia del 2 de marzo de 2006, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹⁹, dice que si el argumento según el cual las ESP mixtas son sociedades de economía mixta, no fuera suficiente, podría seguirse sosteniendo la tesis positiva en mención, bajo el argumento según el cual el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, literal g), establece que integran la rama ejecutiva *“las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”*, lo cual explicaría la integración a la rama ejecutiva del poder público de las ESP mixtas, toda vez que estas requieren autorización legal, ordenanza o acuerdo, según sea del orden nacional, departamental o municipal, para ser creada. Estas ideas se reiteran en el artículo 68 de la misma ley, el cual determina, en los siguientes términos, las entidades que integran el sector descentralizado por servicios del orden nacional:

ARTICULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional... las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del

¹¹⁶ El artículo 14.6 dice que: “Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

¹¹⁷ El inciso 2 del artículo 97, disponía que una sociedad era de economía mixta cuando el capital estatal era igual o superior al 50% del capital social, de manera que, por exclusión, se entendía que cuando la participación era inferior la entidad se consideraba privada.

¹¹⁸ Corte Constitucional Colombiana. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁹ Op. Cit. 104.

Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Este último argumento parece verdaderamente preocupante porque “XM S.A. E.S.P.” es una ESP mixta, cuya creación fue autorizada por la Ley 142 de 1994, artículo 167, parágrafo 1, al afirmar que una vez se haya organizado el centro nacional de despacho, *“el gobierno podrá constituir una sociedad anónima que se encargue de estas funciones”*. Además, ese argumento tiene respaldo en el artículo 210 de la Constitución, que establece que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o con su autorización, lo cual es reiterado por el artículo 69 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, si bien es cierto esto último, ¿ello significa que toda entidad cuya creación haya sido autorizada por la ley, es una entidad descentralizada por servicios del orden nacional? En principio podría pensarse que según el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la respuesta es negativa, pues este expresa que integran la rama ejecutiva *“las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”* (lo subrayado es extratexto). Se diría entonces que la Ley 142 de 1994, no dijo que autorizaba la creación de aquella sociedad, para que fuera parte de la rama ejecutiva del poder público. El problema es que el artículo 69 de la misma ley no hace dicha precisión. Al parecer, habría que decir que toda entidad creada por la Ley o con su autorización es precisamente para que forme parte de la rama ejecutiva del poder público, pues de lo contrario, no tendría sentido que fuera creada por la Ley. Pero, esto no parece del todo cierto, ya que puede suceder que en el caso mencionado, la autorización al gobierno para constituir esa sociedad anónima se deba simplemente a su participación en el capital social de esa sociedad y no a que se trate de una entidad descentralizada por servicios del orden nacional. Además, reiterando los argumentos inicialmente aducidos, ¿Qué sentido tiene que los artículos mencionados de la Ley 489 de 1998, primero afirmen que son entidades descentralizadas del orden nacional las ESP oficiales, para seguidamente decir *“las demás entidades creadas por la ley o con su autorización...”*. La intención de legislador al hacer esto fue precisamente excluir a las ESP mixtas.

En todo caso, corresponde a la Corte Constitucional solucionar este dilema. Y sea cual sea la solución, se debe dejar claro que si se llega a determinar que “XM S.A. E.S.P.” es una entidad descentralizada del orden nacional, esto no derrotaría los argumentos que a continuación se señalarán para sostener la idea de que los actos del ASIC y del LAC no son actos administrativos, pues dicho argumento es uno más para sostener esta idea y no el único ni sustenta el resto de argumentos. Además, la consecuencia de determinar aquello, recae sobre el tema de la jurisdicción competente para dirimir las controversias que surjan en torno al contrato de mandato bajo estudio, y eso, solamente para que los que afirman que

todos los contratos de las ESP oficiales y mixtas son contratos estatales cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puedan reforzar su tesis, pues en todo caso la discusión sobre la jurisdicción competente seguiría latente, al seguir existiendo providencias judiciales que sostienen que lo que determina el juez del contrato no es dicho criterio, sino el régimen jurídico aplicable al contrato.

5.1.1.2 No se trata de una desconcentración

La desconcentración en Colombia sólo se da en la rama ejecutiva del poder público. Consiste en la transferencia de funciones de un funcionario de mayor jerarquía a otro de menor jerarquía, con el objetivo de descongestionar las competencias del primero. Pero, esa transferencia de funciones la hace el orden jurídico, es éste el que crea el ente desconcentrado: la ley a nivel nacional, y a nivel territorial, la ordenanza si es departamental y el acuerdo si es municipal. En la desconcentración, el ente desconcentrado no tiene personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera.

Como ya se dijo antes, “XM S.A. E.S.P.”, en primer lugar, no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y, en segundo lugar, es una persona jurídica que goza de patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera. Luego, no se trata de un ente desconcentrado. Además, las funciones anteriormente ejercidas por ISA, en su calidad de centro nacional de despacho, y que actualmente ejerce “XM S.A. E.S.P”, le fueron asignadas en 1994 por la Ley 142, sin que antes de esto correspondiese su ejercicio a algún funcionario.

5.1.1.3 No se trata de una delegación de funciones

Se descarta de forma inmediata la existencia, en este caso, de la figura de la delegación de funciones¹²⁰, pues para que esta opere se requiere que la Constitución o la ley hayan asignado la función a una autoridad -Presidente de la República u otra autoridad administrativa-; que ésta haya sido autorizada por la ley para delegar o transferir dicha función a otra autoridad; que el titular de las funciones transfiera, mediante acto administrativo, sus funciones a la entidad autorizada por la ley. Las funciones que debía adelantar ISA en su calidad de centro nacional de despacho, a través del LAC y del ASIC, y que hoy son cumplidas por “XM S.A. E.S.P”, le fueron encargadas directamente por la ley -parágrafo 1 del artículo 167 de la Ley 142 de 1994- en su momento a ISA y hoy a

¹²⁰ Sobre la delegación de funciones pueden verse el artículo 211 de la Constitución, los artículos 9 a 14 de la Ley 489 de 1998, y las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, T-024 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1998; MP. Carlos Gaviria Díaz; C-315 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“XM S.A. E.S.P.”¹²¹, y no por delegación de funciones; es decir, no se trata de funciones que hayan sido encargadas por la ley a otra entidad y que esta última las hubiera transferido posteriormente al CND mediante acto administrativo.

5.1.1.4 No se trata de una descentralización por colaboración

La descentralización por colaboración es la entrega de funciones públicas administrativas que el Estado hace a los particulares para que las cumplan por colaboración, como es el caso de las cámaras de comercio y las notarías.

Los particulares pueden ejercer funciones públicas administrativas, ya sea porque, la Constitución o la ley les impone unilateralmente el ejercicio de dichas funciones, o porque, atendiendo al artículo 110 de la Ley 489 de 1998, la autoridad o entidad pública administrativa titular de la función se las confiere mediante acto administrativo de carácter particular que reúna los requisitos exigidos por el artículo 111 de la ley citada, y suscriba con ellos un convenio (contrato) mediante el cual expresamente se acepta la asignación de dicho ejercicio de funciones¹²². Esta segunda posibilidad se descarta de inmediato en este caso, por cuanto no se trata de una función atribuida por la Constitución o la ley a una autoridad o entidad pública y que esta la hubiese conferido posteriormente mediante acto administrativo y suscripción de convenio, a ISA en su calidad de centro nacional de despacho -hoy “XM S.A. E.S.P.”-. Se trata de una función atribuida por la ley a ISA en su calidad de centro nacional de despacho -hoy “XM S.A. E.S.P.”-. Ante esto, se pregunta si el hecho de que se trate de una función directamente atribuida por la ley, significa que se trata de funciones públicas administrativas ejercidas por un particular. Sin embargo, si bien las funciones ejercidas por “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC y del LAC, le fueron asignadas directamente por la ley, no se trata de funciones públicas administrativas, como se verá posteriormente, sino de un servicio público que no lleva consigo el ejercicio de prerrogativas inherentes al Estado, razón por la cual también se descarta la primera posibilidad.

Por consiguiente, no se trata de un caso de descentralización por colaboración.

¹²¹ Fue la Ley 142 de 1994, en el artículo citado, la que autorizó al gobierno para que una vez estuviere organizado el centro nacional de despacho, constituir una sociedad anónima que se encargue de estas funciones. Significa esto que puede afirmarse que se trata de funciones que le fueron asignadas directamente por la ley a “XM S.A. E.S.P.”, una vez esta se constituyó con dicha finalidad.

¹²² Puede verse la sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, de la Corte Constitucional Colombiana, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

5.1.2 “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” es como un particular que, a través del ASIC y del LAC, presta un servicio público

La Ley 142 de 1994 determinó su ámbito de aplicación en su artículo 1, estableciendo que dicha ley no solamente se aplica a los servicios públicos domiciliarios allí definidos, a sus actividades complementarias, a las actividades que realicen las personas de servicios públicos de que trata el artículo 15 de esta ley, sino también “a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley”.

Pues bien, el párrafo 1 del artículo 167 de esta ley, se refiere al servicio a cargo del CND, de “*administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista*”. A su vez, el artículo 171.3 de la misma ley, y el 34, literal c) de la ley 143 de 1994, establecen que es función del CND “*determinar el valor de los intercambios resultantes de la operación conjunta de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional*”. En primer lugar, de estas normas se deduce que la ley asignó al CND una función y es la prestación del servicio público mencionado. En segundo lugar, estas normas hacen referencia a las funciones o servicios prestados por el ASIC y el LAC, pues la determinación del valor de los intercambios resultantes de “la operación conjunta de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional” no sólo incluye el establecimiento del valor propio de las transacciones comerciales que se realizan en la Bolsa de Energía y demás tareas llevada a cabo por el ASIC, sino también la determinación del valor correspondiente a los cargos por uso del STN y de los STR, y demás servicios prestados por el LAC, pues para la entrega física de la energía eléctrica a los compradores de la misma en la Bolsa o a través de contratos a largo plazo, se requiere su transporte a través de dichas redes. Significa esto que, de acuerdo con las leyes 142 y 143 de 1994, el CND, a través de sus distintas dependencias, presta servicios a los generadores, comercializadores, y transportadores, servicios que son distintos del servicio público domiciliario de energía eléctrica, así como también de las actividades complementarias de este servicio. Se trata de uno de “los otros servicios” a los que se refiere el artículo 1 de la ley 142 de 1994.

Se tiene entonces que las labores ejecutadas por el ASIC y el LAC, corresponden a la prestación de un servicio público. De aquí que “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P” se haya constituido como una empresa de servicios públicos -ESP-. Y, se trata de una ESP mixta, de manera que recibe el tratamiento de un particular¹²³ que presta servicios públicos.

¹²³ A “XM S.A. E.S.P” se le trata como un particular que presta servicios públicos, porque como se dijo anteriormente, al ser una ESP mixta, no hace parte de la rama ejecutiva del poder público. “XM S.A. E.S.P” es una empresa de servicios públicos mixta, por lo tanto sus actos y contratos, deben someterse a las normas del derecho privado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 41 de la Ley 142 de 1994.

Pero, ya no es posible jurídicamente, como se hacía anteriormente, definir el concepto de función pública en función del concepto servicio público, a tal punto que toda prestación de un servicio público se considere una función pública y por tal razón se aplique el derecho público. Gracias a la evolución que el concepto de servicio público ha tenido en la doctrina, y como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹²⁴, ya no es posible constitucionalmente¹²⁵ equiparar la prestación de un servicio público al ejercicio de una función pública. Desde la Constitución de 1991, el concepto de servicio público se ha venido definiendo con unas características que permiten establecer claras diferencias entre ambos conceptos. Por consiguiente, el hecho de que “XM S.A. E.S.P.” preste un servicio público, no significa que esté ejerciendo una función pública administrativa.

5.1.3 “XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.” es como un particular que, a través del ASIC y del LAC, presta un servicio público que no acarrea el ejercicio de una función pública administrativa porque ni el ASIC ni el LAC tienen prerrogativas inherentes al Estado

El artículo 210 de la Constitución dispone: *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”*, lo cual significa que es competencia exclusiva del legislador señalar en qué condiciones los particulares pueden cumplir funciones administrativas, y en esta medida emitir actos administrativos cuando sea necesario para el ejercicio de dichas funciones. “XM S.A. E.S.P.” es una ESP mixta y por lo tanto se trata como a un particular, a quien la ley no le ha otorgado el ejercicio de funciones administrativas y con ello el poder de dictar actos administrativos.

Como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que la prestación de un servicio público por un particular pueda llevar consigo el cumplimiento de una función pública administrativa y actúe, por consiguiente, como autoridad, aquel debe estar habilitado expresamente por la ley para el ejercicio de potestades o prerrogativas excepcionales o inherentes al Estado, como el señalamiento de conductas, ejercicio de coerción y expedición de actos unilaterales; y solamente cuando la prestación del servicio por el particular haga necesario el ejercicio de estas potestades, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública¹²⁶. En consecuencia, únicamente en estos casos el particular prestador del servicio profiere decisiones con naturaleza de actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos

¹²⁴ Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹²⁵ “ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

¹²⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que remite a la sentencia C-089 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como a las sentencias C-543 de 2001 y C-233 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

previstos en el Estatuto Contencioso Administrativo o en regímenes especiales, para lo cual la respectiva entidad privada milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos.

Diferentes disposiciones de la Ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las ESP una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, de autoridades públicas, y por ello, según la Corte Constitucional y acorde con el artículo 33 de la Ley citada, también pueden serle aplicables los mecanismos de control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos y las operaciones que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados¹²⁷. Ejemplo de dichos privilegios, derechos y prerrogativas, son: a) Cuando sea necesario para la prestación del servicio, la facultad de hacer ocupaciones temporales de inmuebles, remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, adelantar en ellos las obras y en general realizar todas las actividades necesarias para prestar el servicio, teniendo en cuenta que el propietario del predio afectado tiene derecho a la indemnización por las incomodidades y perjuicios causados, en los términos de la Ley 56 de 1981. Como lo señala el Auto 01442 del 19 de febrero de 2004, del Consejo de Estado, las ESP no emiten actos administrativos para la ocupación temporal de inmuebles, pues ésta es una actuación puramente material. (art. 57); b) La potestad que tienen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -ESPD-, de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, como cuando se trata de los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, e incluso decidir el recurso de reposición contra estas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato de servicios públicos (arts. 152 a 159).

Así las cosas, para determinar si el prestador del servicio público ejerce funciones públicas no basta con que la ley le haya encargado la realización de unas determinadas funciones o tareas específicas correspondientes a la prestación del servicio público, sino que se requiere, fundamentalmente, que el ejercicio de tales

¹²⁷ Consejo de Estado, Expediente No. S-701 del 23 de septiembre de 1997; Auto que resuelve recurso de apelación contra auto mediante el cual se declara la nulidad procesal por falta de jurisdicción; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Auto 01442 del 19 de febrero de 2004, que resuelve recurso de apelación interpuesto contra auto mediante el cual se inadmitió la demanda en acción de reparación directa; Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación No. 25000-23-26-000-2003-01442-01(26144).

funciones, es decir, la prestación del servicio, lleve anejas potestades o prerrogativas inherentes al Estado o propias de las autoridades administrativas, expresamente definidas en la ley.

Pues bien, la función de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista que las Leyes 142 y 143 de 1994 confiaron al Centro Nacional de Despacho, y que es llevada a cabo por “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC y el LAC, no lleva implícito el ejercicio de una potestad o prerrogativa inherente o exclusiva del Estado; el ejercicio de la misma no corresponde a alguno de los derechos, prerrogativas o privilegios que la Ley 142 de 1994 otorgó a las ESP. Esto es lo mismo que decir que los servicios prestados por el ASIC (liquidar, facturar, cobrar -en caso de no pago, ejecutar las garantías financieras o limitar el suministro-, recaudar y distribuir los dineros recaudados) y por el LAC (liquidar y facturar los cargos por uso del STN y de los STR, recaudar y distribuir los dineros recaudados), no llevan consigo el ejercicio de facultades inherentes al Estado. En efecto, en desarrollo de la actividad de administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, no le es permitido al ASIC y al LAC hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, así como tampoco tiene la potestad de imponer decisiones unilaterales, mediante actos administrativos.

Se concluye de lo anterior que “XM S.A. E.S.P” es como un particular que presta un servicio público, a través del ASIC y del LAC, cuya prestación no implica la asunción de potestades o prerrogativas inherentes al Estado, pues éstas no le fueron conferidas por la ley, de manera que dicha empresa no cumple a través de dichas dependencias, una función pública administrativa y en consecuencia, no emite actos administrativos.

- **La limitación de suministro no es una prerrogativa inherente del Estado**

La limitación de suministro no es una potestad inherente del Estado, que tiene el ASIC. Esto, por varias razones:

En primer lugar, ya se dijo que acorde con la Constitución, solo el legislador puede conferir al particular prestador del servicio público, potestades o prerrogativas que son propias del Estado. Pues bien, la limitación de suministro está regulada por la CREG, quien ha definido las causales, el organismo encargado de ordenar y ejecutar, el procedimiento, la forma en que debe llevarse a cabo y las consecuencias de la limitación de suministro.

La CREG ha regulado la limitación de suministro, por ser una forma de regular el funcionamiento del MEM, de manera que es una materia que hace parte del Reglamento de Operación que a ella compete expedir. Además, de acuerdo con el

literal a) del artículo 4, y a) del artículo 23, de la Ley 143 de 1994, el Estado, a través de la CREG, debe crear las condiciones para que exista una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, lo cual significa que el Estado debe garantizar a los agentes del MEM el derecho a la propiedad, la justa remuneración por su actividad y la recuperación de costos y gastos. Ello, por cuanto la situación financiera de las ESP es esencial para poder garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos, en este caso, el de energía eléctrica. Así, la CREG consideró que la mora que da lugar a la limitación de suministro, es una conducta que pone en grave peligro la prestación del servicio de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, y por esto implementó la limitación de suministro a fin de garantizar la recuperación de los dineros que precisamente garanticen la continuidad y eficiencia del servicio.

En segundo lugar, la limitación de suministro tiene como fundamento legal el artículo 1609 del Código Civil, que establece: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debido”*. Esta disposición permite a cualquiera de las partes que enfrenta el incumplimiento, suspender la ejecución del contrato. La limitación de suministro, regulada especialmente por la Resolución CREG-116 de 1998, es entonces una medida frente al incumplimiento, propia del derecho privado. No se trata de una sanción, sino de una consecuencia del incumplimiento o mora por parte de los agentes del MEM. Como es una medida frente al incumplimiento, el responsable de los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la limitación de suministro, es el agente moroso¹²⁸.

Lo que ocurre es que en este caso, por disposición de la CREG, la medida de limitación de suministro es ordenada por el ASIC y efectuada por el CND o el centro regional de despacho correspondiente. Es ordenada en todos los casos por el ASIC por tratarse de una de las labores que de acuerdo con la regulación debe llevar a cabo como administrador del sistema de intercambios comerciales, o mejor, del mercado de energía mayorista. Y es efectuada por el CND o el centro regional de despacho correspondiente, por razones obvias: son éstos lo que realizan el despacho de energía, de modo que a ellos corresponde impedir el despacho en caso de una del ASIC de limitar el suministro.

¹²⁸ Al respecto, la Resolución CREG-001 de 2003, que se refiere a la aplicación de los programas de limitación de suministro de energía en Bolsa, a generadores y comercializadores morosos, cuya compra en Bolsa no esté destinada directamente a atender a usuarios finales, expresa en el parágrafo 3 del artículo 2 que: *“Los daños y perjuicios que los programas de limitación del suministro causen a los terceros afectados con esta medida, serán responsabilidad exclusiva del agente moroso que dio lugar a la limitación”*.

Pero, ¿A qué contrato bilateral se hace referencia cuando el ASIC ordena la limitación de suministro? Esta pregunta es bastante difícil de resolver, más aún por la forma en que la Resolución CREG-116 de 1998 y complementarias, han regulado las causales de procedencia de la limitación de suministro, regulación que se considera, origina grandes confusiones a la hora de fundamentar esta medida. Por esta razón, no se ahondará en este tema, pues es muy posible que se extienda demasiado esta tesis de grado.

5.2 APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LAS REGLAS DE DERECHO PRIVADO A LOS SERVICIOS PRESTADOS POR EL ASIC Y EL LAC, Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PARA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS EN TORNO A SUS ACTOS

Del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 se extrae que la regla general es la aplicación del derecho privado a los actos de todas las ESP, incluso aquellas en las que haya participación de entidades públicas, sin atender a la naturaleza del acto; mientras que la excepción es la aplicación de las reglas del derecho público cuando la Constitución o la Ley 142 de 1994 expresamente así lo dispongan. En armonía con esta disposición, el artículo 76 de la Ley 143 de 1994 dispone que los actos y contratos de las ESP constituidas como sociedades por acciones en las que las entidades oficiales tengan participación en su capital social, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, se rigen por las normas del derecho privado. Por consiguiente, en la medida en que se apliquen las reglas del derecho privado a los actos y contratos de las ESP, los conflictos que surjan con ocasión de éstos deberán dirimirse ante la jurisdicción ordinaria, como se sostiene en algunas providencias judiciales del Consejo de Estado¹²⁹.

¹²⁹ Auto del 23 de septiembre de 1997, Expediente No. S-701, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. Carlos Betancur Jaramillo. Auto del 12 de agosto de 1999, Expediente No. 16.446 del 12 de agosto de 1999, y Auto del 1 de abril de 2004, Radicación No. 00454, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. María Elena Giraldo Gómez. Hasta aquí, todos son autos que resuelven recursos de apelación contra autos que decretan la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, y ordenan remitir el expediente al Juez Civil del Circuito. Auto del 19 de febrero de 2004, Radicación No. 01442, Auto que resuelve recurso de apelación interpuesto contra auto mediante el cual se inadmitió la demanda en acción de reparación directa., Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia inhibitoria, Expediente No.4002 del 25 de septiembre de 1997, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. Juan Alberto Polo Figueroa.

No obstante, existen también providencias judiciales del Consejo de Estado¹³⁰ que sostienen que si una de las partes del contrato es una ESP oficial, la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que surjan alrededor de dicho contrato es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, independientemente de que el contrato se gobierne por el Derecho Privado, pues de todas formas seguirá tratándose de un contrato estatal al ser celebrado por una entidad pública, en este caso, un contrato estatal especial al serle aplicable un régimen jurídico especial que son las normas sustanciales del Derecho Privado. Esta posición afirma que el régimen jurídico que rige al contrato estatal no determina la jurisdicción competente para solucionar las controversias que surjan en torno a él, sino que lo que determina la jurisdicción competente es que al menos una de las partes del contrato sea una entidad pública, de tal manera que todos los contratos celebrados por las entidades públicas son contratos estatales¹³¹, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, independientemente de que el ente público aparezca despojado de sus prerrogativas y de que a estos contratos estatales se les apliquen las normas del Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993) o un régimen especial -contrato estatal especial- como lo es el previsto para las ESP a cuyos contratos se aplica por regla general el régimen jurídico sustantivo de Derecho Privado. En estos casos las reglas procesales aplicables son las del derecho administrativo y no las del Código de Procedimiento Civil. La misma solución sostienen, desde luego, aquellos que consideran que las ESP mixtas son sociedades de economía mixta, y por ello, descentralizadas por servicios.

El artículo 32 de la Ley 142 de 1994 da a entender que pueden existir actos de naturaleza pública de las ESP a los que esa ley disponga la aplicación de las reglas de derecho privado, y actos de naturaleza privada de las ESP a los que esta ley disponga la aplicación de las reglas del derecho público. Puede ser este último caso el que se presenta con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, que emiten las ESP comercializadoras, pues, la autora de este trabajo de grado considera que estos son actos de naturaleza

¹³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo: Sentencia del 24 de mayo de 2006, Referencia No. 31.024, recurso de anulación de laudo arbitral, Impugnante: Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA. (se impugna el laudo arbitral emitido a favor de ACUANTIOQUIA SA ESP EN LIQUIDACIÓN), CP. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Sentencia del 2 de marzo de 2006, Referencia: 29.703, recurso de anulación de laudo arbitral, Impugnante: CORELCA SA ESP. Sentencia del 1 de agosto de 2002, Expediente No. 21.041, CP. Germán Rodríguez Villamizar, Actor: Electrificadota del Atlántico S.A. E.S.P., Demandado: Termorío S.A. E.S.P. Sentencia del 6 de junio de 2002. Expediente No.20.634. Actor: TELECOM, Demandado: NORTEL NETWORKS DE COLOMBIA S.A. Auto de 20 de agosto de 1998, Expediente No. 14.202. Auto del 8 de febrero de 2001, Expediente No. 16.661, CP. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 30 de octubre de 2003, Expediente No. 25.155., Impugnante: Acuantioquia S.A. E.S.P.-. Sentencia de 7 de octubre de 2004, Radicado 26.725, CP. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

¹³¹ El Auto de 20 de agosto de 1998, Expediente No. 14.202., distingue muy bien entre los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y los contratos estatales especiales.

privada, a los que la Ley 142 de 1994, en su artículo 154 dispuso la aplicación de las reglas de derecho público al admitir la procedencia de los recursos de reposición y apelación contra dichos actos¹³².

Pues bien, no existe disposición alguna en la Ley 142 de 1994, y menos en la Constitución (que es anterior a la creación del servicio público prestado por el ASIC y el LAC), que disponga la aplicación de las reglas de derecho público a los actos que XM Compañía de Expertos en Mercados S.A., ESP mixta, emite a través del ASIC y del LAC, en desarrollo de la función que esa misma ley en su artículo 167, parágrafo 1, encargó al Centro Nacional de Despacho, de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista. Luego, sus actos se rigen por las reglas de derecho privado y la jurisdicción competente para resolver las diferencias que se presenten en torno a dichos actos, en torno al contrato de mandato bajo estudio, será la jurisdicción ordinaria, y las normas procesales aplicables serán las del Código de Procedimiento Civil, aunque no todas las normas que regulan el contrato de mandato mercantil resulten aplicables al contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P” y lo agentes del MEM porque la CREG ha dispuesto cosa diferente.

Lo que hace la CREG es desarrollar el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, aplicando, desarrollando y adaptando las reglas del derecho privado al mercado de energía, y cuando dicha ley ha previsto como excepción la aplicación a los actos y contratos de las ESP, de las reglas de derecho público, hace lo mismo con éstas, siendo en el primer caso competente la jurisdicción ordinaria, y en el segundo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Tratándose de los actos del ASIC y del LAC, del contrato de mandato bajo estudio, la CREG ha seguido entonces la regla general dispuesta en el artículo citado, aplicando las reglas de derecho privado que regulan el contrato de mandato, adaptándolas a las necesidades del mercado de energía mayorista (esta aplicación adaptada de las reglas del derecho privado la hace la CREG al regular el contrato de mandato bajo estudio).

En la práctica, los agentes del MEM han demandado a ISA -hoy XM S.A. E.S.P.- ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pretendiendo la nulidad de la factura emitida por el ASIC o por el LAC, según el caso -aduciendo el carácter de acto administrativo de estas facturas- y el restablecimiento de su derecho. Pero, se han rechazado las demandas o declarado la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción,

¹³² Por el contrario, el Consejo de Estado ha sostenido que dichos actos son actos administrativos, como lo hizo en el Auto del 23 de septiembre de 1997, Expediente No. S-701, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia inhibitoria del 25 de septiembre de 1997, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, CP. Juan Alberto Polo Figueroa.

ordenando la remisión del expediente a la jurisdicción ordinaria, específicamente a los jueces civiles del circuito.

Para agregar, el Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia del 15 de junio de 2005, Radicado. 57200. MP. Dr. Fernando Coral Villota, dirimió un conflicto negativo de competencia entre el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia y el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín, por una demanda interpuesta contra ISA-ASIC, CREG, Ministerio de Minas - Nación, por la Central Hidroeléctrica de Betania S.A E.S.P., pretendiendo, entre otras cosas, declarar la nulidad de una factura emitida por el ASIC. En esta oportunidad el Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto, declarando que el conocimiento le corresponde al Juez Ordinario, por las siguientes razones:

- | • Que ISA y Betania son ESP constituidas como sociedades por acciones de derecho comercial y que ambas actúan como particulares.
- | • Que de acuerdo con los artículos 31, 32 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 8 de la Ley 143 de 1994, salvo contadas excepciones el régimen aplicable a estas empresas es el derecho privado.
- | • Que la Resolución CREG- 024 de 1995, define los actos de liquidación hechos por el ASIC como actos comerciales.
- | • Que las facultades del ASIC para liquidar facturas de energía provienen del contrato de mandato entre el ASIC y los agentes y no de la Ley.
- | • Que los Contratos de mandato son de naturaleza comercial y como tales le corresponde resolver sus conflictos al Juez Ordinario.

Con formato: Numeración y viñetas

5.3 RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LAS FACTURAS DEL ASIC

5.3.1 Las facturas emitidas por el ASIC no son facturas de servicios públicos

En primer lugar, vale la pena aclarar que las facturas que emite el ASIC y el LAC, no tienen la naturaleza de factura de servicios públicos, la cual fue definida por el artículo 14.9 de la Ley 142 de 1994, así:

“Factura de servicios públicos. Es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos”.

Atendiendo al artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el artículo 154 de la misma ley dispuso la aplicación de las reglas de derecho público a los actos de facturación de las ESP comercializadoras, estableciendo que contra la factura de servicios públicos procede el recurso de reposición y subsidiario de apelación, de lo cual, algunos e incluso jurisprudencia del Consejo de Estado¹³³, han deducido que esta factura tiene la naturaleza de acto administrativo, con lo cual no se está de acuerdo, pues como se acaba de sostener, simplemente se trata de un acto respecto del cual se dispuso la aplicación de las reglas del derecho público indicadas en la ley citada.

5.3.2 Creación por parte de la CREG, del recurso de reposición contra las facturaciones del ASIC

La Resolución CREG-024 de 1995 determinó en su artículo 28 que contra las liquidaciones del ASIC procede el Recurso de Reposición que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994, capítulo titulado “*De los procedimientos administrativos para actos unilaterales*”. El artículo primero de este capítulo, es decir, el 106 de esta ley, establece:

“ARTÍCULO 106.- Aplicación. Las reglas de este capítulo se aplicarán en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de la presente ley, y que no hayan sido objeto de normas especiales”.

El artículo 28 de la resolución citada da a entender así, que el ASIC actúa como autoridad al decidir los recursos de reposición interpuestos por los agentes del MEM contra las liquidaciones realizadas por aquél; que la decisión que el ASIC tome en respuesta a dichos recursos, es un acto administrativo y por esta razón debe ir precedida de los procedimientos señalados en dicho capítulo.

Así mismo lo dispone y da a entender el parágrafo del artículo 8 de la Resolución CREG-006 de 2003, que además, estableció que dicho recurso de reposición sólo procede contra la liquidación contenida en la facturación mensual, o sea, contra

¹³³ Así, las siguientes providencias judiciales del Consejo de Estado han sostenido que las facturas de servicios públicos son actos administrativos: Auto del 23 de septiembre de 1997, Expediente No. S-701, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del 27 de septiembre de 2001, Radicación No. 0311, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia del 8 de febrero de 2001, Radicación No. 12.383, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 25 de noviembre de 1994, Expediente 9575, CP. Carlos Betancur Jaramillo; y auto del 9 de octubre de 1997, CP. Ricardo Hoyos Duque, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Auto del 4 de agosto de 2000, Radicación No. 1284, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CP. Roberto Medina López.

las liquidaciones “mensuales”, y sólo cuando el agente haya presentado las observaciones o solicitudes de modificación a la liquidación diaria, en los plazos previstos en la regulación vigente, y las mismas no hayan sido tenidas en cuenta por el ASIC en la liquidación soporte de la factura mensual.

Cuando la CREG utiliza la denominación “recurso de reposición” y da la orden de aplicar el procedimiento administrativo regulado por el Capítulo II, Título VII, de la Ley 142 de 1994, para dar respuesta a este recurso, parece estar entendiendo que se trata de un recurso administrativo, es decir, de una vía gubernativa.

5.3.3 Improcedencia del recurso de reposición contra las facturaciones mensuales del ASIC

Sin embargo, el recurso de reposición contra las facturas comerciales emitidas mensualmente por el ASIC, creado y regulado por la CREG, entendido como recurso administrativo, como vía gubernativa, no es jurídicamente procedente, por las siguientes razones:

5.3.3.1 La CREG no es competente para crear recursos administrativos, en este caso el de reposición

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana¹³⁴ ha definido que los recursos contra las decisiones, bien sea judiciales o administrativas, son de creación legal. Es al legislador al que, mediante ley obviamente, compete, exclusivamente, instituir los recursos contra las providencias judiciales y administrativas; indicar cuándo proceden, es decir, señalar los supuestos de su procedencia; señalar la oportunidad o término para interponerlos; establecer sus efectos; señalar la oportunidad o término para resolverlos; y prescribir los efectos de las correspondientes decisiones. Él es también el competente para modificarlos y suprimirlos. De este modo, la CREG, organismo de la administración, que se pronuncia mediante actos administrativos conocidos como resoluciones, no es competente para llevar a cabo las anteriores tareas. Por consiguiente, ella no es competente para crear y regular recursos administrativos contra las facturas emitidas por el ASIC.

5.3.3.2 La CREG no es competente para dar la calificación de actos administrativo a las facturas comerciales emitidas mensualmente por el ASIC

Cuando la CREG establece el recurso de reposición contra las facturaciones mensuales, parece presuponer que las facturas comerciales que emite

¹³⁴ Se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-017 de 1996 y C-005 de 1996.

mensualmente el ASIC, son actos administrativos, pues de lo contrario, contra ellas no procedería el recurso de reposición, entendido éste como recurso de vía gubernativa. Pero, la CREG no es competente para otorgar, mediante resolución, es decir, acto administrativo, la calificación de acto administrativo a los actos de facturación que “XM S.A. E.S.P.” emite a través del ASIC. Esto, porque esta empresa es una ESP mixta, que en esta medida se trata como un particular, que como su nombre lo indica, presta un servicio público, y como ya se dijo anteriormente, solo la ley puede señalar en qué condiciones los particulares prestadores de servicios públicos pueden cumplir funciones administrativas, y en esta medida emitir actos administrativos. Pues bien, como ya se afirmó antes, la ley no le ha otorgado a dicha empresa, el ejercicio de funciones públicas administrativas y con ello el poder de dictar actos administrativos, a través del ASIC. De este modo, las facturas comerciales expedidas mensualmente por el ASIC, son el resultado de la prestación de un servicio público y no del ejercicio de una función pública administrativa, no son actos administrativos.

No obstante los argumentos revelados en estos dos puntos, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 4 de agosto de 2005¹³⁵, asumió que las liquidaciones mensuales y las facturaciones del ASIC son actos administrativos, al reconocer la procedencia del recurso de reposición contra estos actos, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución que consagra como principio del debido proceso la posibilidad de impugnar el acto, asumiendo así, a su vez, que se trata de un recurso de vía gubernativa. Se pronuncia sobre la competencia de la CREG para establecer el recurso de reposición en cuestión, advirtiendo que su competencia para establecer dicho recurso se fundamenta en el artículo 74.1, literal c) de la Ley 142 de 1994, desarrollo del artículo 150, numeral 23 de la Constitución; en su facultad de reglamentación secundaria que le otorgan los artículos 14.18 y parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta todo esto y que la demanda de nulidad recayó sobre las resoluciones de la CREG que consagran el recurso de reposición y eliminan el de apelación contra las liquidaciones contenidas en las facturaciones mensuales, no por la consagración de dicho recurso de reposición, sino por la eliminación del de apelación, advierte la sentencia que: *“Las Resoluciones acusadas no están modificando procedimiento administrativo alguno, sino dando aplicación, con carácter supletorio, al artículo 50 del C.C.A., en concordancia con el artículo 1º ibidem, pues el Centro Nacional de Despacho, en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios y Comercialización de Energía Eléctrica tiene por Ley asignada una competencia para la cual no tiene prevista la existencia de un superior por lo que el recurso idóneo es el de reposición que es el que precisamente consagran las normas acusadas”*.

¹³⁵ Expediente No. 0153, CP. Maria Claudia Rojas Lasso, Acción: Nulidad en contra de algunos apartes de las Resoluciones CREG 047 de 2000, 029 de 2001 y 006 de 2003, Demandante: Santiago León Gómez.

5.3.3.3 La CREG no es competente para disponer la aplicación de las reglas de derecho público a los actos de las ESP

Como se afirmó anteriormente, según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, las reglas de derecho público solo pueden aplicarse a las ESP cuando así lo haya dispuesto la Constitución o dicha ley. En este caso, ni la Constitución ni la Ley 142 de 1994 dispusieron la aplicación de las reglas de derecho público a los actos del centro nacional de despacho, y concretamente del ASIC. Así, acorde con aquel artículo, la CREG no es competente para establecer la aplicación de las reglas de derecho público a los actos de esta dependencia. De este modo, la CREG no puede disponer la existencia de una vía gubernativa frente a dichos actos.

De los tres puntos anteriores, se concluye que como fue la CREG quien creó y reguló, mediante resolución, el recurso de reposición contra las liquidaciones contenidas en las facturaciones mensuales realizadas por el ASIC, en realidad, dicho recurso, entendido como vía gubernativa, no resulta procedente. No obstante, mientras no se declare la nulidad o la suspensión provisional de las normas o sus respectivos apartes, contenidas en las resoluciones de la CREG, mencionadas al inicio de este capítulo, que disponen la procedencia de dicho recurso, éste podrá interponerse y para su contestación se tendrá que seguir el procedimiento establecido en el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994, pues así lo disponen dichas normas. Esto, porque, en primer lugar, “XM S.A. E.S.P.”, en su calidad de centro nacional de despacho, es obligado por el artículo 167, parágrafo 1 de la Ley 142 de 1994, a aplicar las normas del reglamento de operación, y las resoluciones mencionadas hacen parte de éste, y en segundo lugar, porque mientras los actos administrativos no se declaren nulos o se disponga judicialmente su suspensión, se presume su legalidad.

5.3.3.4 Las facturas comerciales no sólo no son, sino que no pueden ser actos administrativos, pues son conceptos diferentes y excluyentes

Las facturas comerciales emitidas por “XM S.A. E.S.P.”, a través del LAC y del ASIC, no solo no son actos administrativos, pues como ya se dijo antes, a través de dichas dependencias no se ejerce una función pública administrativa, sino que, además, no pueden tener la naturaleza de actos administrativos, pues el concepto de factura comercial es diferente y excluyente del concepto de acto administrativo.

En efecto, de acuerdo con la regulación de la CREG (numeral 2.3.1 del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995, y artículo 13 de la Resolución 008 de 2003) las facturas emitidas por el ASIC y el LAC, son facturas comerciales y por esto deben reunir con todos los requisitos definidos por el Código de Comercio para las facturas comerciales.

El Código de Comercio, en su artículo 944, que regula la factura comercial, establece que es obligación del vendedor su formación y entrega al comprador, y enuncia sus requisitos, así:

“Art. 944.-El comprador tiene derecho a exigir del vendedor la formación y entrega de una factura de las mercaderías vendidas con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada. (...)”.

Pues bien, en el caso de las facturas comerciales expedidas por “XM S.A. E.S.P.”, a través del ASIC y del LAC, el vendedor no es esta empresa, sino que los vendedores son los agentes del MEM que venden energía eléctrica en la Bolsa de Energía y, los agentes del MEM que venden sus servicios de transportadores de la energía eléctrica por las redes del STN y de los STR, a los generadores y comercializadores que participan en el MEM celebrando contratos a largo plazo en posición de compradores o vendiendo y/o comprando energía eléctrica en la Bolsa de Energía.

Lo que ocurre es que se trata de facturas comerciales expedidas a través del ASIC, en nombre y por cuenta y riesgo de los vendedores de energía en la Bolsa de Energía, es decir, por concepto de una compraventa de energía eléctrica; y a través del LAC, en nombre y por cuenta y riesgo de los transmisores nacionales y regionales de energía, es decir, por concepto de los servicios prestados por estos últimos a los otros agentes del MEM.

Obsérvese que de acuerdo a la definición que de factura comercial trae el Código de Comercio, como documento expedido por el vendedor, “XM S.A. E.S.P.” no puede expedir, a través del ASIC y del LAC, las mencionadas facturas comerciales, a nombre suyo, pues por definición la factura comercial debe ser expedida por el vendedor, y dicha empresa no es vendedora. De manera que esas facturas deben expedirse en nombre y por cuenta y riesgo de los vendedores enunciados. Esta puede ser una razón por la cual la CREG estableció la obligación de celebrar el contrato de mandato con representación de que trata esta tesis, pues tal vez se pensó que si “XM S.A. E.S.P.”, al expedir las facturas comerciales a través de aquellas dependencias, no actuaba como mandatario representante de los vendedores a los que he hecho alusión, cómo se iba a justificar que dicha empresa pudiera expedir esas facturas comerciales.

De acuerdo con la regulación de la CREG, la emisión de las facturas comerciales a cargo del ASIC y del LAC es entonces una forma de ejecutar el contrato de mandato que los agentes del MEM celebraron con aquella empresa, para poder participar en el mercado de energía mayorista.

En concordancia con lo anterior, cuando “XM S.A. E.S.P.” emite facturas comerciales a través del ASIC y del LAC, no actúa para sí, sino para otro y en nombre de otro, de modo que no puede decirse que al hacerlo esté imponiendo

decisiones unilaterales o emitiendo actos administrativos. Es así como, en primer lugar, las facturas que emite el ASIC, tienen por objeto liquidar y facturar, respectivamente, las ventas y compras de energía que los generadores y comercializadores efectúan mutuamente entre ellos, y en segundo lugar, las facturas que emite el LAC tienen por objeto liquidar y facturar los cargos por uso de las redes del STN y de los STR a cargo de los generadores y comercializadores y a favor de los transmisores nacionales y regionales. Se trata entonces de facturas comerciales emitidas por “XM S.A. E.S.P.” en su calidad de administrador del mercado mayorista, no de actos administrativos.

Por otro lado, uno de los criterios para distinguir la función administrativa y para la consiguiente calificación de acto administrativo, es el material. Este criterio atiende a la materia, de manera que toda norma que regula situaciones de carácter particular y concreto, en el sentido de crear, modificar o extinguir dicha situación, es acto administrativo o judicial. Pues bien, las facturas comerciales que emiten mensualmente el ASIC y el LAC no son normas que regulen una situación de carácter particular y concreto, o más exactamente, en primer lugar, no son normas, y en segundo lugar no crean ni modifican ni extinguen una situación jurídica.

Por la misma vía, podría afirmarse que acto administrativo es la decisión de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, es decir, encaminada a crear, modificar, o extinguir situaciones jurídicas, bien sea de carácter general o particular. Pues bien, como se acaba de decir, las facturas comerciales emitidas por el ASIC y el LAC no crean ni modifican ni extinguen una situación jurídica, sino que dan fe de una transacción comercial en el primer caso, y del uso de las redes del STN y de los STR en el segundo caso. Las relaciones jurídicas entre los agentes del MEM, y a las que se refieren las facturas comerciales, se crean como consecuencia de las compraventas de energía que aquellos realizan en la Bolsa de Energía y por el uso que los mismos hacen de las redes del STN y de los STR. De modo que no son las facturas comerciales las que crean estas relaciones jurídicas.

5.3.4. Confusión del recurso de reposición y del mecanismo de rechazo o glosa de la factura, por parte de la CREG

No hay norma diferente a las aquí mencionadas, que regule el “recurso de reposición” contra las facturaciones mensuales del ASIC, llamándolo así expresamente. Por esto, si se habla de un verdadero recurso de reposición, como no hay norma especial que regule el procedimiento administrativo en este caso, es decir, no hay norma que regule el procedimiento a seguir para interponer dicho recurso, habría que aplicar el Estatuto Contencioso Administrativo, que es norma supletiva. Se tendría entonces que interponer el recurso durante los 5 días hábiles siguientes al recibo de la factura comercial, y ante quien la haya emitido, en su

caso, el ASIC o el LAC. Llama la atención que se trate del mismo término que la Resolución 024 de 1995 en su Anexo B “Procedimiento de liquidación de cuentas”, numeral 2 “Facturación, cobranzas y liquidación en la Bolsa de Energía”, dispone para rechazar o glosar la factura, cuando afirma que:

“El caso de rechazo o glosa de la factura o liquidación, la empresa deberá notificarlo por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la factura”.

También llama la atención que, por un lado, el artículo 28 de la Resolución CREG-024 de 1995, al referirse al recurso de reposición contra las liquidaciones del ASIC, haya dispuesto en su parágrafo 3º que:

Una diferencia entre los agentes no suspende sus obligaciones con el proceso de pagos en la Bolsa de Energía. Con la facturación del mes en que la CREG emita su concepto, se realiza una facturación de los valores de las diferencias con el reconocimiento del valor del dinero en el tiempo a la tasa definida para este efecto en la presente resolución, a partir de la fecha del vencimiento original correspondiente al mes o a cada uno de los mese afectados.

Que, a su vez, el parágrafo del artículo 8 de la Resolución CREG-006 de 2003, al referirse al recurso de reposición contra las facturaciones mensuales del ASIC, afirme:

Únicamente contra la Liquidación contenida en la facturación mensual, expedida por el ASIC, procederá el recurso de reposición ante éste, el cual se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994, sin perjuicio de que pueda acudir ante la CREG a través de los mecanismos previstos en la Ley 142 y la Ley 143 de 1994 de Resolución de Conflictos. (lo subrayado es extratexto)

Y que, por otro lado, en el mismo sentido, el último inciso del artículo 15 de la Resolución CREG-008 de 2003, al referirse a las diferencias, rechazo y glosa de la factura mensual emitida por el LAC, haya establecido que:

Cuando se presenten diferencias en la aplicación de la regulación vigente o por cualquier razón justificada, y no se llegue a un acuerdo sobre las mismas, las partes involucradas podrán acudir ante la CREG para que ésta resuelva la diferencia mediante el procedimiento de solución de conflictos de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994, que resulte aplicable.

Una diferencia entre el LAC y los agentes no suspende sus obligaciones con el proceso de pagos que deba realizar al Liquidador y Administrador de

Cuentas –LAC-. Con la facturación del mes en que la CREG se pronuncie frente al conflicto, se realiza una facturación de los valores de las diferencias, con el reconocimiento del valor del dinero en el tiempo a la tasa definida para este efecto en la presente resolución, a partir de la fecha de vencimiento original correspondiente al mes o a cada uno de los meses afectados.

No queda duda de lo anterior que la CREG ha llegado a confundir el recurso de reposición contra las facturaciones mensuales emitidas por el ASIC, con los mecanismos de rechazo o glosa de dicha factura, conceptos que son diferentes.

No puede decirse que cuando la CREG está regulando el mecanismo de rechazo o glosa de la factura, está regulando el recurso de reposición, entendido este como recurso administrativo, aunque esa sea su intención. Es decir, no puede decirse que el recurso de reposición procede en los supuestos en los que es procedente el rechazo o glosa de la factura. Esto, porque una cosa es el recurso de reposición contra las facturas mensuales emitidas por el ASIC, entendido como recurso administrativo, y que de acuerdo a las razones ya expuestas es improcedente, y otra cosa es el mecanismo de rechazo o glosa de dichas facturas, que por el contrario, es procedente. Cuando se trata de un recurso de reposición se traen a colación las reglas de derecho público, mientras que cuando se trata del mecanismo de rechazo o glosa de la factura se traen a colación las reglas de derecho privado, que acorde con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y con lo dicho en puntos anteriores, son las aplicables en el caso de los actos emitidos por el ASIC, entre estos, la factura comercial, razón por la cual resulta procedente.

5.3.5 El recurso de reposición debe tratarse como mecanismo de rechazo o glosa de las facturas mensuales del ASIC, no como recurso administrativo

Por lo anterior, puede concluirse que en realidad el denominado “recurso de reposición contra las facturaciones mensuales del ASIC” no es propiamente un recurso de la vía gubernativa, sino un mecanismo de rechazo o glosa de las facturas, que permite a los interesados, objetar las facturas emitidas por el ASIC, pero respecto del cual, la CREG, equivocadamente, dispuso para su respuesta la aplicación de las reglas del Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994, capítulo titulado “*De los procedimientos administrativos para actos unilaterales*”. Esta conclusión es coherente con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, que dispone que los actos de todas las ESP se rigen por las reglas del derecho privado, salvo que la Constitución o esta misma ley dispongan lo contrario.

5.3.6 Aplicación de los puntos anteriores a las facturas comerciales emitidas por el LAC

La CREG, en ninguna de sus resoluciones, ha establecido expresamente el recurso de reposición contra las facturas mensuales emitidas por el LAC.

El literal e) del artículo 4 de la Resolución CREG 008 de 2003, establece que es tarea del LAC atender los reclamos originados en el proceso de cálculo de la facturación. Posteriormente, el artículo 15 de la Resolución 008 de 2003, establece:

“En caso de diferencias, rechazo o glosa de la factura emitida por el LAC, el agente del mercado mayorista deberá notificarlo por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de dicha factura.

Sin embargo, no sobra decir que frente a un posible recurso de reposición, entendido como recurso administrativo, creado por la CREG contra las facturaciones mensuales efectuadas por el LAC, se oponen las mismas razones de improcedencia que se han revelado en los puntos anteriores respecto del recurso de reposición contra las facturaciones mensuales emitidas por el ASIC.

5.4 VIABILIDAD DEL CONTRATO

Si de aplicar algún contrato se trata, para ser celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, el más adecuado sí es, efectivamente, el contrato de mandato mercantil con representación, tal como se analizó.

Sin embargo, no era necesario que la CREG impusiera la celebración de aquel contrato. Bastaría con que los agentes del MEM se registrasen ante el ASIC y el LAC según el caso, como se hace actualmente, para que se surtan todos los efectos queridos por la CREG al imponer dicho contrato, ya que todos estos efectos están detalladamente regulados por este organismo. Es decir, dada la regulación que hace la CREG de la relación jurídica entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, sería suficiente con dicho registro para que se de por celebrado este contrato. No habría problema con esto, pues aún sin la presencia de un documento en el que conste el contrato de mandato referido, se seguiría hablando de las mismas obligaciones que “XM S.A. E.S.P.” tiene actualmente como mandatario, y de las mismas obligaciones que los agentes del MEM tienen actualmente como mandantes. Lo mismo sucedería con la clasificación de las obligaciones principales de las partes; con las causales de terminación del contrato, es decir, la relación jurídica entre los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.”, se seguiría terminando por las mismas causales por los que se termina

actualmente el contrato de mandato entre éstos; y con las consecuencias provenientes de la clasificación del contrato analizado.

6. CONCLUSIONES

- De acuerdo con las leyes 142 y 143 de 1994, la CREG es competente para expedir el Reglamento de Operaciones a fin de regular el funcionamiento del SIN y del MEM. Como el contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es impuesto y regulado por la CREG a fin de regular el funcionamiento del MEM, las resoluciones de la CREG que imponen y regulan dicho contrato hacen parte del Reglamento de Operaciones, siendo así la CREG competente para imponer y regular ese contrato.
- Por mandato de las leyes 142 y 143 de 1994, “XM S.A. E.S.P.”, en calidad de CND, a través del ASIC y del LAC, está obligada a aplicar las normas contenidas en el Reglamento de Operación expedido por la CREG al cumplir con sus funciones.
- Autorizada por la ley, específicamente por las leyes 142 y 143 de 1994, en ejercicio de la potestad reguladora que éstas le confirieron, la CREG eligió la figura del contrato de mandato con representación creado y regulado por el Código de Comercio, es decir, escogió una figura contractual que había sido creada por la ley mercantil, y, posteriormente, la adaptó a las necesidades del MEM, imponiendo su celebración a ambas partes -“XM S.A. E.S.P. y agentes del MEM - y regulando su contenido, es decir, imponiendo la representación en este contrato y regulando de manera específica las obligaciones que de él nacen.
- El contrato celebrado entre “XM S.A. E.S.P” y los agentes del MEM es un contrato de mandato mercantil con representación, especial, sin pluralidad de mandantes.
- Una cosa es la fuente del contrato y otra cosa es la fuente de las obligaciones que nacen del contrato.

La fuente del contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es la ley, ya que es ésta la que crea y regula el contrato de mandato con representación, independientemente de que la CREG, a su vez, regule de manera específica el contenido de aquel, pues lo que hace la CREG al imponer su regulación es desarrollar las obligaciones que ya fueron creadas y también reguladas por la ley mercantil, manifestándose de manera específica sobre ellas a fin de hacer una adaptación del contrato a las necesidades del mercado. De aquí que el contrato en estudio sea un contrato típico.

Queda en gracia de discusión, como se planteó en su momento, el planteamiento según el cual, en el contrato de mandato en referencia, la fuente indirecta de las obligaciones es la ley (específicamente las leyes 142 y 143 de 1994 que autorizaron a la CREG para regular el funcionamiento del MEM), y la fuente directa es el acto administrativo de la CREG que impone y regula dicho contrato. Este planteamiento implicaría una reforma al artículo 1494 del Código Civil.

El mismo punto anterior cabría plantearse respecto de la fuente de la representación y que queda como punta de lanza para otro trabajo investigativo, pues las necesidades del mercado cada vez impondrán la necesidad de aclarar estos puntos grises que se van presentando en el surgimiento de nuevos esquemas o paradigmas contractuales.

- El conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación, que permiten definir las obligaciones y acreencias de los agentes del MEM (generadores, comercializadores y transportadores) por concepto de los actos o contratos de energía celebrados entre generadores y comercializadores en la Bolsa conforme al despacho central, y que incluye las actividades de liquidación, facturación, cobro y recaudo, y distribución de los dineros recaudados, ejercidas por el ASIC y por el LAC, forman parte del contrato de mandato. Es la CREG la que regula y puede modificar el contenido de este contrato de mandato y en consecuencia, todas aquellas reglas y procedimientos que ella ha dispuesto para ejecutar cada uno de los encargos del mandato.
- Cuando la CREG regula el funcionamiento del MEM, y dentro de esto, cuando impone y regula el contrato de mandato estudiado, concilia, por una parte, entre los agentes del MEM, el interés privado de cada uno de ellos, y por otra parte, el interés privado de los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.”, con el interés general de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, cumpliendo de esta manera con los mandatos constitucionales y los fines sociales y económicos de la regulación de los SPD en Colombia. En este último evento, la tensión entre la libertad contractual de los agentes del MEM y “XM S.A. E.S.P.” y el interés general, se resuelve de modo tal que aquella cede ante éste, aniquilándose, lo cual no significa que se esté sacrificando el interés privado –gran acicate de la producción- de aquellos, pues en todo caso, ambos son remunerados por sus actividades.
- Las actividades que “XM S.A. E.S.P.”, a través de sus dependencias ASIC y LAC, realiza en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con los agentes del MEM, están detalladamente reguladas por la CREG, y en esta medida, los límites del mandato se encuentran en dicha regulación. De esta manera, no existen en este contrato de mandato, instrucciones del mandante, sino instrucciones de la regulación de la CREG, algunas de las cuales son

transcritas en el contrato. Por estas razones, no resultan aplicables a este contrato varias de las obligaciones que tiene el mandatario en el contrato de mandato regulado por el Código de Comercio, consideradas como complementarias de la obligación principal.

- Las obligaciones principales que según el Código de Comercio tienen el mandante y el mandatario, son claramente aplicables en el contrato estudiado. Sin embargo, de las obligaciones paralelas y complementarias que según el Código de Comercio tienen el mandante y el mandatario, no todas son aplicables al contrato analizado por estar en contravía de la regulación que hace la CREG de este contrato o por ser físicamente imposible su aplicación, y las que resultan aplicables lo son en la forma concreta en que lo establece la CREG en su regulación.
- La obligación principal de “XM S.A. E.S.P.” como mandatario es una obligación de hacer, de medios, a plazo suspensivo y de género; mientras que la obligación principal de los agentes del MEM como mandantes es una obligación de dar, de resultado, a plazo suspensivo y de género.
- El contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es un contrato forzoso o impuesto, y completamente dictado, dirigido, normado, regulado o reglamentado, o lo que es lo mismo, forzoso heterodoxo; solemne; bilateral; oneroso; de ejecución o tracto sucesivo; intuitu personae; típico; principal; y no aleatorio.
- El contrato de mandato con representación entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, es un contrato forzoso heterodoxo, o lo que es lo mismo, un contrato forzoso o impuesto y totalmente dictado. Forzoso, en la medida en que la CREG, autoridad administrativa, impone su celebración; y heterodoxo o dictado, en el sentido de que dicha celebración se impone a las partes por ella determinadas, y en los términos que ella señala en el reglamento de operación. En esta medida, para los que admitan que el “contrato forzoso” es un verdadero contrato, el contrato de mandato en referencia es un contrato de mandato mercantil porque siendo un contrato cumple con los elementos esenciales del mandato mercantil. En cambio, los que niegan el carácter de contrato al “contrato forzoso”, el contrato estudiado no será un contrato de mandato mercantil porque no se trata de un verdadero contrato, sino de una relación obligatoria heterónoma. Sin embargo, la realidad exige admitir que se trata de un contrato.
- Después de dar cuenta de la clasificación del contrato de mandato celebrado entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, y de compararla con la clasificación que recibe el contrato de mandato mercantil, se observa que éste admite la clasificación que aquel tiene, ya sea por esencia o por vía de excepción.

- Resultan siendo muy pocas las normas del Código de Comercio referentes al contrato de mandato y las reglas generales del contrato establecidas en el Código Civil, aplicables al contrato de mandato analizado. Es un contrato de mandato regulado por la CREG, con uno que otro vacío que puede llenarse con las normas que trae el Código de Comercio para el mandato mercantil, siempre y cuando no vayan en contravía de aquella regulación.
- Según el artículo 209 de la Constitución, la función administrativa se desarrolla a través de la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones. Las funciones desarrolladas por “XM S.A. E.S.P.” a través del ASIC y del LAC, si bien son asignadas directamente por la ley, no se desarrollan mediante ninguna de esas formas, lo cual es indicio para decir que no se trata del ejercicio de una función pública administrativa. Aún admitiendo que dicha empresa es una entidad descentralizada por servicios del orden nacional, esto no significaría que ejerce una función administrativa, pues como quedó visto, “XM S.A. E.S.P.” se trata como a un particular que, en este caso, a través del ASIC y del LAC, presta un servicio público que no acarrea el ejercicio de una función pública administrativa, ya que ni el ASIC ni el LAC tienen prerrogativas inherentes al Estado. En consecuencia, estas dependencias de “XM S.A. E.S.P.” no emiten actos administrativos; sus actos son solo un medio para cumplir una gestión comercial que le fue encomendada por la ley, regulada por la CREG, y que desarrolla en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con los agentes del MEM, y por tanto, teniendo en cuenta que lo que determina el juez competente es el régimen jurídico de dichos actos y del contrato de mandato referido, éstos no son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino ante la ordinaria.
- No es posible que la CREG, organismo de la administración, establezca, modifique, suprima y/o regule procedimientos administrativos, ni que otorgue la calificación de acto administrativo a los actos del ASIC y del LAC, ni para disponer la aplicación de las reglas de derecho público a los actos de las ESP pues ello debe hacerse mediante ley, no mediante actos administrativos como lo hace la CREG. Además, las facturas comerciales no sólo no son, sino que no pueden ser actos administrativos, pues son conceptos diferentes y excluyentes. El recurso de reposición contra las liquidaciones contenidas en las facturaciones mensuales del ASIC, no es un recurso de vía gubernativa aunque así se esté entendiendo en la práctica. Se trata en realidad de un mecanismo de rechazo o glosa de la factura.
- La ejecución de la liquidación y facturación de las transacciones comerciales en la Bolsa de Energía y de los cargos por uso del STN y de los STR, el cobro y recaudo de los dineros provenientes de dichos conceptos, y su distribución entre los acreedores correspondientes, es una labor de administración de los aspectos comerciales del funcionamiento del MEM, es decir, de transacciones comerciales y recursos ajenos, que constituye un servicio público, y para llevar

a cabo su prestación, la CREG determinó la obligación para ISA –hoy XM SA ESP- y para los agentes del Mercado Mayorista de celebrar un contrato de mandato. “XM SA ESP”, a través de su dependencia ASIC y LAC, actúa en calidad de mandatario de los agentes que participan en dicho mercado y no como autoridad administrativa. En cumplimiento del contrato de mandato celebrado entre cada uno de los generadores y de los comercializadores, con “XM S.A. E.S.P.”, en su calidad de ASIC; y entre cada uno y de los transportadores con dicha empresa en calidad de LAC, esa empresa se encarga de definir, de acuerdo con el Reglamento de Operación establecido por la CREG, las acreencias y obligaciones de todos esos agentes del MEM, producto de los contratos de energía celebrados entre generadores y comercializadores en la Bolsa, para el primer caso, y producto del uso de las redes del SIN para el segundo caso.

- Si de establecer un contrato entre “XM S.A. E.S.P.” y los agentes del MEM, se trata, el más adecuado es el contrato de mandato con representación, como existe actualmente. Sin embargo, una vez los agentes se registran ante el ASIC y el LAC según el caso, dicho contrato podría darse por celebrado, sino fuera porque la CREG exige su perfeccionamiento solemne.

7. RECOMENDACIONES

- Presentar una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado, de las normas contenidas en las Resoluciones de la CREG que consagran el recurso de reposición contra las liquidaciones contenidas en las facturaciones mensuales que hace el ASIC.
- Hacer una revisión de los contratos de mandato para hacerles las correcciones que sean del caso. Por ejemplo, el contrato establece que se regirá por las normas del Código de Comercio, en los artículos 1262 al 1282. Esto es un error, pues como ya se observó a lo largo de este trabajo, no todas esas normas son aplicables al contrato de mandato en referencia. Adicionalmente, deben hacerse reparos en el tema de las obligaciones de las partes, pues deben organizarse de una forma más clara; además, en el contrato de mandato celebrado con el ASIC aparecen obligaciones del mandante que también deben aparecer en el contrato de mandato celebrado con el LAC.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS, LEYES Y DECRETOS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991. 4 ed., a cargo de Edgar Simbaqueva Vásquez que lo elaboró sobre los originales de José Vicente Barreto R. S.l.: Legis, 2000.

CONGRESO DE COLOMBIA. Código Civil. 3 ed., anotado por Hernán Valencia Restrepo. Bogotá: Temis, 1999.

----- Leyes 142 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios) y 143 (Ley Eléctrica) de 1994.

----- Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 410 de 1971: Código de Comercio. 5 ed., a cargo de Julio Roberto Cepeda. S.l : Legis, 2000.

----- Decreto 01 de 1984 : Código Contencioso Administrativo. 21 ed., anotado por Esteban Mora Caicedo. Bogotá : Leyer, 2003.

----- Decreto 1524 del 15 de julio de 1994, por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones.

----- Decreto 2253 del 6 de octubre de 1994, por el cual se delegan unas funciones.

----- Decreto 2023 del 15 de octubre de 1999, por el cual se modifican unas funciones del Consejo Nacional de Planeación.

----- Decreto 2804 del 29 de diciembre de 2000, por el cual se modifica el Decreto 2023 del 15 de octubre de 1999.

----- Decreto 1274 del 29 de junio de 2001, por el cual se derogan los Decretos

2023 de 1999 y 2804 de 2000.

RESOLUCIONES CREG

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-. Resolución 024 del 13 de junio de 1995, por la cual se reglamentan los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el sistema interconectado nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación.

----- Resolución 042 del 31 de agosto de 1999, por la cual se modifican y precisan algunas normas de las Resoluciones CREG 128 de 1996 y 065 de 1998, y se adoptan otras disposiciones en materia de competencia en el Mercado Mayorista de Electricidad.

----- Resolución 008 del 12 de febrero de 2003, por la cual se establecen las reglas para la Liquidación y Administración de Cuentas por Uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional asignadas al LAC.

----- Resolución 054 del 28 de diciembre de 1994, por la cual se regula la actividad de comercialización de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional.

----- Resolución 055 del 28 de diciembre de 1994, por la cual se regula la actividad de generación de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional.

----- Resolución 086 del 15 de octubre de 1996, por la cual se reglamenta la actividad de generación con plantas menores de 20 MW que se encuentra conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

----- Resolución 032 del 28 de febrero 2001, por la cual se modifican parcialmente las Resoluciones CREG-086 de 1996 y 107 de 1998.

----- Resolución 039 del 29 de marzo de 2001, por la cual se modifican parcialmente las Resoluciones CREG-086 de 1996 y CREG-107 de 1998.

----- Resolución 084 del 16 de octubre de 1996, por la cual se reglamentan las actividades del autogenerador conectado al sistema interconectado nacional (SIN).

----- Resolución 085 del 15 de octubre de 1996, por la cual se reglamentan las actividades del Cogenerador conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

----- Resolución 082 del 17 de diciembre de 2002, por la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local.

----- Resolución 006 del 16 de enero de 2004, por la cual se modifica la Resolución CREG-116 de 2003.

----- Resolución 092 del 14 de diciembre de 2004, por la cual se establecen los Ingresos Regulados por concepto de los servicios prestados por el CND, el ASIC y el LAC para el año 2005.

----- Resolución 020 del 27 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas con el fin de promover la libre competencia en las compras de energía eléctrica en el mercado mayorista.

----- Resolución 021 del 12 de marzo de 1996, por la cual se modifica la Resolución CREG-020 del 27 de febrero de 1996.

----- Resolución 006 de 12 de febrero de 2003, por la cual se adoptan las normas sobre registro de fronteras comerciales y contratos, suministro y reporte de información, y liquidación de transacciones comerciales, en el Mercado de Energía Mayorista.

----- Resolución 103 de 18 de diciembre de 2000, por la cual se establece la metodología para el cálculo y aplicación de los Cargos por Uso del Sistema de Transmisión Nacional (STN), que regirá a partir del 1º de enero del año 2001.

----- Resolución 022 del 20 de febrero de 2001, por la cual se modifican e incorporan las disposiciones establecidas en la Resolución CREG-051 de 1998, modificada por las Resoluciones CREG-004 y CREG-045 de 1999, mediante las cuales se aprobaron los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional, y se estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema.

----- Resolución 031 del 26 de abril de 2005, por la cual se ordena hacer público un proyecto de resolución de carácter general que pretende adoptar la Comisión, por la cual se adoptan disposiciones sobre el funcionamiento del mercado de Opciones y Futuros como parte del Mercado de Energía Mayorista

----- Resolución 100 del 17 de julio de 2001, por la cual se modifican las Resoluciones CREG-012 y CREG-024 de 1995, para implementar el procedimiento de Facturación Electrónica de las transacciones del Mercado de Energía Mayorista.

----- Resolución 116 del 6 de noviembre de 1998, por la cual se reglamenta la limitación del suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y se dictan disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

----- Resolución 070 del 25 de noviembre de 1999, por la cual se reglamentan los pagos anticipados que pueden hacer los agentes participantes en el mercado mayorista como garantía por transacciones en mercado, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

----- Resolución 001 del 16 de enero de 2003, por la cual se complementan las Resoluciones CREG-116 de 1998 y CREG-070 de 1999, en la aplicación de los programas de limitación de suministro de energía en bolsa que no está destinada directamente a atender usuarios finales por parte de comercializadores y generadores morosos, y la limitación a agentes morosos por incumplimiento en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

----- Resolución 063 del 9 de julio de 2003, por la cual se complementan las Resoluciones CREG-116 de 1998, CREG-070 de 1999 y CREG-001 de 2003, en la aplicación de los programas de limitación de suministro de energía en bolsa que no está destinada directamente a atender usuarios finales por parte de comercializadores y generadores morosos, y la limitación a agentes morosos por incumplimiento en lo referente al esquema de garantías para las transacciones internacionales de energía, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.

----- Resolución 56 del 19 de mayo de 1998, por la cual se reglamenta el retiro y reincorporación de plantas y/o unidades de generación del mercado mayorista de electricidad.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-005 del 18 de enero de 1996. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

----- Sentencia C-017 del 23 de enero de 1996. MP. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997. MP. Fabio Morón Díaz.

----- Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara.

----- Sentencia C-272 del 3 de junio de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

----- Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

----- Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

----- Sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis.

----- Sentencia T-881 del 2002. MP. Eduardo Montealegre Lynet.

----- Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

----- Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

----- Sentencia T-1212 del 3 de diciembre de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

----- Auto 113 del 29 de marzo de 2006. Referencia: expediente I.C.C. 993. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Sala Plena.

CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 23 de septiembre de 1997. Expediente No. S-701. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

----- Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Expediente No.11.857. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

----- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1141 del 11 de septiembre de 1998. CP. Augusto Trejos Jaramillo.

----- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No.1171 del 28 de enero de 1999. CP. Javier Henao Hadrón.

----- Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de agosto de 2000. Radicación No. 5920. CP. Juan Alberto Polo Figueroa.

----- Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de marzo de 2001. Radicación No. 4957. CP. Manuel Santiago Urueta Ayola.

----- Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 19 de febrero de 2004. Radicación No. 01442. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

----- Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de agosto de 2004. Expediente No. AI-0110. CP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

----- Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de marzo de 2006. Referencia: 29.703. Recurso: Anulación Laudo Arbitral (se impugna el laudo arbitral emitido a favor de TERMOBARRANQUILLA S.A. E.S.P.). Impugnante: CORELCA S.A. E.S.P. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

----- Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de mayo de 2006. Referencia: 31.024. Recurso: Anulación Laudo Arbitral (se impugna el laudo arbitral emitido a favor de ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN). Impugnante: Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

LIBROS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los Contratos. Editorial Temis S.A. Editorial jurídica de Chile. p. 13-16

----- El Contrato Dirigido. Las Actuales Orientaciones del Derecho : Conferencias pronunciadas por catedráticos de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile : Nascimento, 1942. p. 11-21

ALTERINI, Atilio Aníbal, DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Privado : Contratación Contemporánea: Contratos Modernos y Derechos del consumidor. Lima : Palestra. Bogotá : Temis, 2001. Tomo II. P. 209-222.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles : Contratos Atípicos. 4 ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2002. Tomo II, p. 51-124

BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho Civil: Hechos y Actos Jurídicos. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. v. 2, Tomo I, p. 614-619, 626-641, 724-729

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. 14 ed. Bogotá: Librería del Profesional, 2000. p. 497-546

BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. 2 ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1999. p. 1-107

CALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1992. p. 57-82

CORTÉS, Edgar. La Culpa Contractual en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 21-29

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (autor peruano). La Contratación Masiva. En: Universidad Externado de Colombia. El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Tomo II, p. 309-334.

ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales: Negocios de sustitución. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987. Tomo I.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, estructura y vicisitudes. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Tomo I.

MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Notas del Derecho Argentino. Por Vittorio Neppi. Buenos Aires : Ediciones Unidas, Europa-América, 1986. Tomo I.

O'CALLAGHAN, Xavier. Compendio de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones: Teoría General de la obligación, del contrato y del acto ilícito. 2 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, 1994. v.1, tomo II.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 6 ed. Bogotá : Temis, 2000.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 7 ed. Bogotá: Temis, 2001.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Representación, poder y mandato. 7 ed. AV. República Argentina, Editorial Porrúa S.A, 15, impreso en México, 1993.

PERNOT, CRÉTINON, GOUNOT ROVAST, GRESSAYE, SOLAGES y BIOT. Colección de Estudios Sociales: Semanas Sociales de Francia. Roeun. Traducción de Héctor Gonzáles. S.I.: Jus México. 1948.

REZZÓNICO, Juan Carlos. Contratos con Cláusulas Predispuestas: Condiciones Negociales Generales. Buenos Aires : Astrea, De Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

UPEGUI BAENA, Mario. De las obligaciones en Derecho Civil y Comercial. 3 ed. Legis, 2000. p. 75

TEXTOS DE REVISTAS

ARANGO G, Juan José. El contrato de mandato entre ISA-ASIC y los agentes del mercado de energía ¿Un artificio jurídico de origen regulatorio? En: Letras Jurídicas, EEPP de Medellín. Vol. 9, no. 1 (marzo, 2004); p. 59-96.

GARCÍA RENDÓN, John Jairo y PÉREZ BOTERO, Simón. Regulación y desintegración vertical: Algunas consideraciones para el sector eléctrico colombiano. En: Ecos de Economía. No.20 (abril, 2005); p. 129-156. Disponible en:<http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/96D94515-3DA2-424F-A189-5A9124087BC9/0/Ecos20No6.pdf>

ORREGO GAVIRIA, Jorge. “La Bolsa de Energía: Un juego interesante. En: Facultad de Ingeniería de la Universidad de Antioquia. Vol. 10, no.16 (junio, 1998); p. 124-126

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Super Temas del 98: La experiencia del mercado mayorista de energía en 1998. En: SuperCifras Energía. No. 3 - año 3 (1999); p. 22-26. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia3_1999.pdf

----- Situación del sector eléctrico a 31 de diciembre de 1998: Principales aspectos de las actividades del sector. En: SuperCifras Energía. No. 3 - año 3 (1999); p. 67-89. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia3_1999.pdf

----- Super Temas del 99: Principales aspectos regulatorios en 1999. En: SuperCifras Energía. No. 4 - año 4 (2000); p. 31. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia4_2000.pdf

----- Super Temas del 99: Evolución del mercado mayorista de energía en 1999. En: SuperCifras Energía. No. 4 - año 4 (2000); p. 33-35. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia4_2000.pdf

----- Aspectos generales del sector eléctrico. En : SuperCifras Energía 1998-2001. No. 6 (2002); p. 7-18. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia6_2002.pdf

----- Super temas: El Mercado de Energía Mayorista. En: SuperCifras Energía 1998-2001. No. 6 (2002); p. 120-127. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia6_2002.pdf

----- Anexos. En: SuperCifras Energía 1998-2001. No. 6 (2002); p. 140-154. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/energiagas/supercifras_energia6_2002.pdf

TEXTO PERIÓDICO

CAMACHO BORRERO, Álvaro Francisco. Las empresas de servicios públicos no expiden actos administrativos. En: Ámbito Jurídico, Bogotá (11 al 24 de octubre de 2004); p. 13 A y 16 A.

ARTÍCULOS O DOCUMENTOS INDEPENDIENTES

AGUAD D., Alejandra. Teoría General del Contrato: III Parte, Categorías Contractuales. Chile: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s.f. p. 5-6. Disponible en: http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/categorias_contractuales.PDF

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-. Información general. Disponible en: <http://www.creg.gov.co/>

UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA -UPME-. Una Visión del Mercado Eléctrico Colombiano. Bogotá, Julio de 2004. Disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Vision_Mercado_Electrico_Colombiano.pdf

VERNAZA GÓMEZ, Pablo Rubén. La obligación y sus fuentes voluntarias. 14 p.
Disponible en:
<http://www.monografias.com/trabajos27/obligacion-fuentes/obligacion-fuentes.shtml>

TRABAJOS DE GRADO

ARBOLEDA MEJÍA, Gustavo Adolfo. Régimen Jurídico de los Contratos en el Mercado Mayorista de Energía. Medellín, 2005, 50 p. Trabajo de grado (Especialista en Derecho Administrativo). Universidad de Antioquia. Escuela de Derecho.

CONGRESOS Y SEMINARIOS

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. Panorámica del sector de los servicios públicos a partir de los fallos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2006.

INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. Funciones Reguladas CND, ASIC Y LAC. SI: 2005. <http://www.xm.com.co/>

XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Administración de cuentas, Bolsa de Energía, STN y STR`s. Barranquilla: Noviembre 24 de 2005. Puede encontrarse en: <http://www.xm.com.co/>

XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. Pre-Registro, Registro y Despacho de contratos de energía a largo plazo. SI: Febrero de 2006. <http://www.xm.com.co/>

XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. El Mercado de Energía Mayorista y su Administración. SI: 2006. <http://www.xm.com.co/>